

DIE BEDEUTUNG
DES BERGSCHADENVERZICHTS
FÜR DIE REALGLÄUBIGER INSBESONDERE IM
ENTEIGNUNGS- UND UMLEGUNGSVERFAHREN
NACH DEM BUNDESBAUGESETZ

Günter Harnisch

1967

DIE BEDEUTUNG DES BERGSCHADENVERZICHTS
FÜR DIE REALGLÄUBIGER INSBESONDERE IM
ENTEIGNUNGS- UND UMLEGUNGSVERFAHREN
NACH DEM BUNDESBAUGESETZ

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Günter Harnisch
aus Bautzen/Oberlausitz

1 9 6 8

Erster Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Boldt
Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Westermann
Dekan: Professor Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juli 1967



	Seite
A. Einführung in die Problemstellung	1
B. Der schuldrechtliche Bergschadenverzicht	3
I. Die Rechtsnatur des Bergschadenverzichtsvertrages	3
II. Die Rechtswirkung des schuldrechtlichen Bergschaden- verzichts	6
1. Die Rechtsstellung der obligatorischen Gläubiger	7
a) bei Eintritt der gesetzlichen Haftung des Bergbau- treibenden	7
b) bei Ausschluß der Haftung des Bergbautreibenden durch Verzichtsvereinbarungen	9
2. Die Rechtsstellung der dinglichen Gläubiger	11
a) bei Eintritt der gesetzlichen Haftung des Bergbau- treibenden	11
aa) Das gesetzliche Pfandrecht	11
bb) Der Umfang der Haftung	12
cc) Die Befriedigung der Realgläubiger	13
α) vor Fälligkeit ihrer Rechte	13
β) nach Fälligkeit ihrer Rechte	13
dd) Das Erlöschen der Haftung	14
b) bei Ausschluß der Haftung des Bergbautreibenden durch Verzichtsvereinbarungen	14
C. Der dingliche Bergschadenverzicht	16
I. Die Eintragung im Grundbuch	16
II. Die Wirkung des eingetragenen Bergschadenverzichts für die Realgläubiger	19
III. Rangänderungsvereinbarungen	31
1. Die Bedeutung der Rangänderungsvereinbarungen	31
2. Die Rechtsnatur	31
3. Die Wirkung für die Realgläubiger	33
IV. Der eingetragene Bergschadenverzicht in der Zwangs- vollstreckung	35
1. Die Zwangsversteigerung	35
a) Die Stellung der Grundpfandrechte	35
b) Die Stellung des eingetragenen Bergschadenverzichts	35
2. Die Zwangsverwaltung	36
V. Der eingetragene Bergschadenverzicht bei Durchführung von Bodenordnungsmaßnahmen nach dem Bundesbaugesetz	36
1. Die Bedeutung der Bodenordnung im Verhältnis zum Bergbau	36

2. Die Enteignung	39
a) Voraussetzungen und Ziel des Enteignungsverfahrens nach dem Bundesbaugesetz	39
b) Abgrenzung von Enteignung und Eigentumsbindung	41
c) Die Enteignung dinglicher Rechte	45
aa) Die nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigenden Rechte	45
bb) Der Bergschadenverzicht	47
cc) Die nach dem Bundesbaugesetz nicht gesondert zu entschädigenden Rechte	52
3. Die Umlegung	59
a) Voraussetzungen und Ziel des Umlegungsverfahrens nach dem Bundesbaugesetz	59
b) Der rechtliche Charakter der Umlegung	61
c) Die Zulässigkeit von Enteignungsmaßnahmen im Umlegungsverfahren	68
d) Die dinglichen Rechte in der Umlegung	71
aa) Die nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigenden Rechte	72
bb) Der Bergschadenverzicht	73
cc) Die nach dem Bundesbaugesetz nicht gesondert zu entschädigenden Rechte	74
4. Die Grenzregelung	76
D. Ergebnis	77

LITERATURVERZEICHNIS

A. Kommentare, Lehr- und Handbücher

- | | |
|---------------------------|--|
| Anschütz | Kommentar zur Weimarer Verfassung,
4. Bearb., Berlin 1933 |
| Arndt | Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten,
Kommentar,
9. Aufl., Freiburg i. Br. 1924 |
| Boldt | Das Allgemeine Berggesetz
1. -3. Aufl., Münster 1948 |
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
redaktionelle Bearbeitung v. B. Dennewitz,
Hamburg 1950 |
| Brassert | Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten
mit Kommentar,
2. Aufl., bearbeitet von Hans Gottschalk, Bonn 1914 |
| Bundesbaugesetz | Kommentar zum
bearbeitet von H. Brügelmann, H. Förster,
G. Grauvogel, H. Kopp, D. Oedekoven, W. Pohl,
S. Stahnke, Stuttgart 1960 |
| Dittus-Zinkahn | Baulandbeschaffungsgesetz,
Kommentar, München und Berlin 1954 |
| Ebel | Preußisches Allgemeines Berggesetz,
Berlin 1944 |
| Ebel-Weller | Allgemeines Berggesetz, Kommentar,
2. Aufl., Berlin 1963 |
| Eger | Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum
vom 11. Juni 1874,
2. Aufl., Breslau 1913 |
| Enneccerus-Kipp-
Wolff | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
bearbeitet von Nipperdey
1. Halbband,
15. Bearbeitung, Tübingen 1959
2. Halbband,
14. Aufl., Tübingen 1955 |

- Enneccerus-Kipp-Wolff Recht der Schuldverhältnisse,
14. Bearbeitung von
Lehmann, Tübingen 1954
- Sachenrecht,
10. Bearbeitung von
Wolff-Raiser, Tübingen 1957
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. II, 3. Aufl., Münster 1962
- Ernst-Friede Kommentar zum Aufbaugesetz von Nordrhein-
Westfalen,
4. Aufl., Düsseldorf 1958
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
I. Band, 8. Aufl., München und Berlin 1961
- Heck Grundriß des Sachenrechts,
Tübingen 1930
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Band II, 2. Aufl., Tübingen 1954
- Isay, H. und R. Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten
unter besonderer Berücksichtigung des Gewerkschafts-
rechts,
2. Band, 1. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1920
- Jaeckel-Güthe Zwangsversteigerungsgesetz,
7. Aufl., Berlin 1937
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht,
3. Aufl., Offenburg 1948
- Klostermann-Fürst-
Thielmann Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten,
Kommentar,
6. Aufl., Berlin 1911
- Korinthenberg-Wenz Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsver-
waltung,
6. Aufl., Köln 1955
- Lent Sachenrecht, Ein Studienbuch,
8. Aufl., München und Berlin 1960

- | | |
|----------------------------------|--|
| von Mangoldt | Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Band I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a. M. 1957
bearbeitet von Friedrich Klein |
| Meyer-Thiel-
Frohberg | Enteignung von Grundeigentum,
5. Aufl., Berlin 1959 |
| Miesbach-Engelhardt | Bergrecht, Kommentar zu den Landesberggesetzen,
1. Aufl., Berlin 1963 |
| Müller-Erbach | Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands,
Stuttgart 1917 |
| Palandt | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
22. Aufl., München und Berlin 1963 |
| Planck | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst
Einführungsgesetz,
3. Band Sachenrecht,
5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933 |
| Reichsgerichtsräte-
kommentar | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksich-
tigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des
Bundesgerichtshofes, Kommentar,
III. Band, Sachenrecht,
bearbeitet von Denecke, Johannsen und Kregel,
10. Aufl., Berlin 1954 |
| Reinhard-Müller | Das Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar,
2. Aufl., Stuttgart 1929 |
| von Schalburg | Kommentar zum Landbeschaffungsgesetz und Schutz-
bereichsgesetz,
Stolthamm (OIDB) 1957 |
| Schütz-Frohberg | Kommentar zum Bundesbaugesetz,
Neuwied, Berlin, Darmstadt 1960 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
III. Band, Sachenrecht,
9. Aufl., Stuttgart 1960 |
| von Staudinger | Bürgerliches Gesetzbuch,
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse,
9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1928
III. Band, Sachenrecht,
11. Aufl., Berlin 1963 |

VIII

- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band II
17. Aufl., Tübingen 1956
- Steiner-Riedel Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung,
Berlin 1953
- von Tuhr Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
I. Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht,
Leipzig 1910
- von Turegg Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
2. Aufl., Berlin 1954
- Westermann Sachenrecht, Ein Lehrbuch,
4. Aufl., Karlsruhe 1960
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht, Band I
5. Aufl., München und Berlin 1963

B. Einzelabhandlungen und Aufsätze

- Barbrock, Klaus Der Verzicht auf den Bergschadensanspruch,
Diss., Münster 1954
- Bartsch, Erich Die Rechtsstellung der Grundpfandgläubiger beim
Bergschadensanspruch u. Bergschadensverzicht auf der
Grundlage des Allgemeinen Berggesetzes,
Diss., Köln 1960
- Bertram Die Enteignungsgarantie in der städtebaulichen Umle-
gung, DWW 57, 160
- Die städtebauliche Umlegung als Enteignungstatbe-
stand, DÖV 57, 135
- Die Geldabfindung im Umlegungsverfahren,
DÖV 58, 736
- Böddeker,
Hermann-Josef Bergschaden, Bergschadensanspruch und Bergschaden-
verzicht insbesondere bei Beteiligung eines weiteren
Bergwerksbesitzers an der Schadensverursachung,
Diss., Köln 1960
- Clasen Die freiwillige Umlegung nach § 28 a des Gesetzes
über Maßnahmen zum Aufbau in den Gemeinden (Auf-
baugesetz in der Fassung vom 29. April 1952),
DVB1 57, 233

IX

Clasen	Ist die Baulandumlegung als Enteignung anzusehen? NJW 58, 1169
Dennewitz	Verwaltung und Verwaltungsrecht, Wien 1944
Dietz	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn 1934
Dittus	Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben vom Bundesministerium für Wohnungs- bau, Kassel 1950
	Grenzen der Anwendbarkeit von Servituten, NJW 54, 1825
	Briefpfandrechte in der Enteignung nach dem Bauland- beschaffungsgesetz, NJW 56, 609
	Der Ausfall von Grundpfandrechten in der Enteignung nach dem Baulandbeschaffungsgesetz, MDR 57, 1
	Planung und Sozialgebundenheit des Grundeigentums, DVB1 57, 329
Dürig	Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 54, 4
Ernst	Das Bundesbaugesetz, herausgegeben vom Bundesminister für Wohnungsbau - Pressereferat -
	Zum Bausperrenurteil des Bundesgerichtshofs, BBaubl 55, 56
Friese	Zum Entwurf eines Bundesbaugesetzes, NJW 56, 613
Frohberg	Zum Begriff der städtebaulichen Umlegung, B1GBW 55, 65
Giese	Enteignung und Entschädigung, Schriftenreihe der Akademie Speyer, Heft 4, Tübingen 1950

- | | |
|------------------|--|
| Giese | Enteignung durch Kollektivakt,
DRiZ 51, 192

Verfassungswidrige Baulandbeschaffung,
DWW 51, 291 |
| Gottschalk | Ausschluß der Haftung für Bergschäden durch Eintragung
im Grundbuch,
Glückauf 1929, 237 |
| Grapengeter | Probleme der Gewährleistung des Eigentums an Grund
und Boden,
BBaubl 52, 9 |
| Grauvogel | Nochmals: Enteignung und Umlegung,
DÖV 56, 229 |
| Grundmann | Der Übergang des Bergschadenanspruchs auf den Ersteher,
JW 1909, 307 |
| Gut | Freiheit und Ordnung des Bauens,
DÖV 52, 520 |
| Haas | Eigentum und Enteignung,
MDR 51, 650 und MDR 52, 648 |
| Heertz, Heinrich | Die dingliche Sicherung des Bergschadenverzichtsver-
trages durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit,
Diss., Frankfurt a. M. 1930 |
| Heinemann | Der Bergschaden auf der Grundlage des Preußischen
Rechts,
2. Aufl., Berlin 1954

Der Bergschaden,
3. Aufl., Berlin 1961 |
| Holländer | Die Enteignung für Bergbauschäden,
Berlin 1913 |
| Horn, Joachim | Die Abgrenzung von Enteignung und Eigentumsbindung,
Diss., Hamburg 1955 |
| Janssen | Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und
Enteignung, Stuttgart 1961 |

Klein, Hans-Peter	Der Ersparniswert in der Enteignung von Grundstücken eines Bergbautreibenden (nach dem Recht der in der Bundesrepublik gelegenen Teile des Landes Preußen), Diss., Münster 1964
Knebusch	Die Eintragung des Verzichts auf den Ersatz von Bergschäden im Grundbuch und ihre Wirkungen, ZfB 77, 417
Kremer	Grundeigentum und Bergschaden, NJW 58, 1765
Last	Fragen der Besitzlehre, Iher. J. Bd. 63, S. 71
Lindner	Bergschadensanspruch, Bergschadenverzicht und Gesamthaftung mehrerer Bergwerksbesitzer nach § 149 ABG, Diss., Münster 1964
Ludowig	Erwirbt der Ersteher eines Grundstücks den Ersatzanspruch für den durch Bergwerksbetrieb zugefügten Schaden? JW 1909, 94
Lurz	Die Flurbereinigung und die private Rechtsphäre, NJW 55, 1780
Luthe, Wilhelm	Der Anspruchsberechtigte bei Bergschäden, Diss., Erlangen 1930
Maunz	Das Verhältnis der Baulandentschädigung zum Grundgesetz, Düsseldorf 1955
Mehliß, Lotte	Die Rechte des Hypothekengläubigers beim Bergschaden und bei der bergrechtlichen Grundabtretung, Diss., Heidelberg 1934
Naumann	Die Verhältnismäßigkeit der Enteignung, DWW 59, 180
Oertmann	Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche, Iher. J. 61, 44
Pathe	Der Zweck der Umlegung im Flurbereinigungs- und Baurecht, DVBl 54, 76

- Raape Gebrauchs- und Besitzüberlassung,
Iher. J. 71, 97
- Raiser Verwendungsansprüche des Werkunternehmers,
JZ 58, 681

Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz,
in Festschrift für Martin Wolff,
Tübingen 1952
- Reuss Die öffentl. -rechtliche Rechtsprechung des Bundes-
gerichtshofs unter besonderer Berücksichtigung des
Enteignungsrechts und des Aufopferungsanspruchs,
DÖV 57, 653
- Schelcher Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Enteignung,
ArchöR (NF) Bd. 18, S. 321
- Scherk Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem
Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache
(§ 986 I BGB),
Iher. J. 67, 301
- Scheuner Art. 153, Grundeigentum und soziale Eigentumsauf-
fassung,
LZ 1930, S. 1169
- Schoene Öffentliche Gewalt und Eigentum,
DÖV 54, 552
- Schomers Die rechtliche Natur und die Grenzen der Haftung des
Bergwerksbesitzers aus § 148 ABG,
Diss., Münster 1951
- Schröder, Günter Baulandumlegung und Enteignung,
Eine verfassungsrechtliche Untersuchung anhand des
Nordrhein-Westfälischen Gesetzes über Maßnahmen
zum Aufbau in den Gemeinden (Aufbaugesetz) in der
Fassung vom 29. April 1952,
Diss., Münster 1960
- Schulte Eigentumsordnung und Bergschaden,
ZfB 91, 297
- Schütz Umlegung und Verfassung,
DWW 53, 195

XIII

- Schwamberger Enteignung und Umlegung,
DÖV 54, 396
- Nochmals: Enteignung und Umlegung,
DÖV 56, 233
- Seehusen Die Flurbereinigung und ihre Bedeutung für private
Rechtsverhältnisse,
RdL 54, 205
- Siber Der Rechtszwang im Schuldverhältnis,
Leipzig 1903
- Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Bei-
trag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz,
Leipzig 1907
- Siegl Baulandumlegung und Enteignung,
DVBl 56, 285
- Stödter Die öffentlichrechtliche Entschädigung,
Hamburg 1933
- Über den Enteignungsbegriff,
DÖV 53, 97 und 136
- Verfasser des Weinheimer
Gutachtens Einzelakt- oder Schutzwürdigkeitstheorie im Bau- und
Bodenrecht,
BBaubl 52, 338
- Walther, Wolfgang Die Bergschäden in der Rechtsprechung des Reichsge-
richts,
Diss., Köln 1933
- Wecks Die Enteignung von Bergschadenverzichtsgelände,
Glückauf Bd. 79, S. 463
- Vorteilsausgleichung bei Bergschaden,
ZfB 90, 351
- Weinberg Gesamthypothek und Vorrang einräumung, gleichzeitig
ein Beitrag zur Natur des Rangrechts,
LZ 1931, S. 11

- Weinheimer Gutachten: Gutachten über die Erfordernisse der Bau- und Bodengesetzgebung, erstattet durch den vom Bundesminister für Wohnungsbau eingesetzten Gutachterausschuß, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Heft 1, Hamburg 1952
- Weitz, Gottfried Die Beschränkung des Grundeigentums im Rahmen der Städteplanung,
Diss. , Köln 1960
- Werneburg Abgrenzung und Kollision zwischen Grundeigentum und Bergwerkseigentum,
ZfB 70, 181
- Westhoff Bergbau und Grundbesitz,
Band I: Der Bergschaden
Berlin 1904
- Wiester Erfahrungen mit der Beleihung von Grundstücken, die mit einem Bergschadenverzicht belastet sind,
Münster 1937
- Wolff, Martin Das Recht zum Besitz, in Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Dr. Richard Koch,
Berlin 1903

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABG	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. 6. 1865
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
ArchöR NF	Archiv für Öffentliches Recht (neue Folge)
Art.	Artikel
AufbG NW	Gesetz über Maßnahmen zum Aufbau in den Gemeinden (Aufbaugesetz) vom 29. 4. 1950
BaulbeschG	Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. 8. 1953
BBaubl	Bundesbaublatt
BBauG.	Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B1GBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss.	Dissertation
DOG	Deutsches Obergericht für das vereinigte Wirtschaftsgebiet
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Glückauf	Glückauf-Bergmännische Zeitschrift (bis 1945: Berg- und Hüttenmännische Zeitschrift)
GS	Preußische Gesetzessammlung
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

GWV	Gemeinnütziges Wohnungswesen, Organ des Gesamtverbandes Gemeinnütziger Wohnungsunternehmen
Hans. OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Iher. J.	Iherings Jahrbücher
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht Berlin
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LandbeschG.	Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung vom 23. 2. 1957
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOVO	Gesetz über Neuordnungsmaßnahmen zur Beseitigung von Kriegsfolgen vom 2. 12. 1940
NRW	Nordrhein-Westfalen
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
pr. Enteign. G.	Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874
RdL	Recht der Landwirtschaft
Recht	Das Recht; Rundschau für den deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite, Satz
VersR.	Versicherungsrecht
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VGH	Verfassungsgerichtshof
VGHE	Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897

A. EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMSTELLUNG

Der Betrieb eines Bergwerks führt zwangsläufig zu schädigenden Einwirkungen auf das Grundeigentum. Infolge der Abbautätigkeit untertage entstehen Hohlräume, das darüber lagernde Gestein sinkt ab und führt dadurch zu ungleichmäßigen Senkungen, Pressungen und Zerrungen. So entstehen an der Grundstücks-oberfläche Schäden, die am häufigsten an Gebäuden, Versorgungsleitungen und Verkehrsanlagen auftreten, mitunter aber auch zu einem Steigen oder Absinken des Grundwasserspiegels und dadurch zu Störungen in der Wasserversorgung führen.

Treten derartige Schäden auf, so kann der betroffene Grundstückseigentümer von dem Bergbautreibenden Ersatz nach § 148 ABG ¹⁾ verlangen. Danach hat der Bergbautreibende für alle Schäden, die am Grundeigentum oder dessen Zubehör entstehen, eine vollständige Entschädigung zu leisten. Die Haftung des Bergbautreibenden tritt unabhängig davon ein, ob ihn Verschulden trifft oder nicht.

Eine so strenge Haftung führt angesichts der ziemlich häufig auftretenden Bergschäden zu einer erheblichen finanziellen Belastung der Bergbautreibenden. Um sie in Grenzen zu halten, erwerben die Bergbautreibenden vielfach in stark gefährdeten Gebieten vor allem unbebaute Grundstücke mit dem Ziel, eine Bebauung zu verhindern. Derart umfangreiche Grundstücksankäufe haben allerdings den Nachteil, daß erhebliche Geldmittel festgelegt und damit den eigentlichen betrieblichen Zwecken des Unternehmens entzogen werden. Zudem stellt ein solcher Ankauf von Grundstücken heute keinen sicheren Schutz gegen Inanspruchnahmen wegen künftig auftretender Bergschäden mehr dar, da gerade in den Bergbau- und Industriegebieten ein besonders starker Bedarf an Erschließungsflächen für Wohnraum, Straßen und Versorgungsanlagen besteht, zu dessen Deckung vielfach unter Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Bodenordnungsmaßnahmen auf derartige dem Bergbau gehörende, unbebaute Grundstücke zurückgegriffen wird.

Um dennoch eine wirksame Sicherung zu erreichen, schlossen die Bergbautreibenden ursprünglich mit den Eigentümern von bergschadenbetroffenen oder -gefährdeten Grundstücken innerhalb ihres Abbaugebietes rein schuldrechtliche Verträge, in denen der Grundstückseigentümer darauf verzichtete, Bergschadensansprüche geltend zu machen. Er erhielt hierfür als Gegenleistung eine

1) Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 (GS S. 705).

einmalige Geldabfindung oder, falls er von dem Bergwerkseigentümer ein Grundstück erwerben wollte, einen entsprechenden Kaufpreisnachlaß.

Eine solche rein schuldrechtliche Verichtsvereinbarung verpflichtet aber nur den gegenwärtigen Grundstückseigentümer. Veräußert er sein Grundstück, so sieht sich der Bergwerkseigentümer erneut den Bergschadensansprüchen des Grundstückserwerbers ausgesetzt, soweit Bergschäden nach der Veräußerung eintreten ^{1a)}.

Um auch für den Fall eines Eigentumswechsels gesichert zu sein, ging der Bergbau mehr und mehr dazu über, den Bergschadenverzicht als Grunddienstbarkeit im Grundbuch einzutragen und ihm damit dingliche, jeden späteren Erwerber bindende Wirkung zu geben.

Aufgabe dieser Arbeit ist es nun zu untersuchen, welche rechtlichen Wirkungen der Bergschadenverzicht des Grundeigentümers für die an dem Grundstück berechtigten Realgläubiger hat. Besondere Bedeutung kommt dabei der Frage nach der rechtlichen Stellung des sog. dinglichen Bergschadenverzichts bei Durchführung von Bodenordnungsmaßnahmen nach dem Bundesbaugesetz zu. Als die wichtigsten Verfahren zur Bodenordnung sind Enteignung und Umlegung auf ihre Rechtswirkungen für die am Grundstück Berechtigten hin zu prüfen. Im Rahmen dieser Untersuchungen wird sich zeigen, ob die Eintragung des Bergschadenverzichts in jedem Falle eine wirksame Sicherung des Bergwerkseigentümers gegen die Inanspruchnahme bei Eintritt von Bergschäden darstellt.

1a) Boldt § 148 Anm. 2a; Ebel-Weller § 148 Anm. 10c.

B. DER SCHULDRECHTLICHE BERGSCHADENVERZICHT

I. DIE RECHTSNATUR DES BERGSCHADENVERZICHTSVERTRAGES

Der Bergschadenverzicht enthält eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Bergwerkseigentümer und dem Grundeigentümer, die darauf abzielt, Bergschadenansprüche aus § 148 ABG für bereits eingetretene oder künftige Bergschäden auszuschließen.

Obwohl in der Literatur mehrfach und auch noch in neuerer Zeit Untersuchungen über die Rechtsnatur des Bergschadenverzichts angestellt worden sind ²⁾, gehen die Meinungen noch immer darüber auseinander, wie er begrifflich unterzubringen ist.

Die Schwierigkeiten sind vor allem darauf zurückzuführen, daß der Begriff des Verzichts im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Aufgabe eines Rechts im Rechtssystem nicht einheitlich geregelt ist. Der Verzicht als einseitige empfangsbefähigte Willenserklärung findet sich häufig im Bürgerlichen Recht, insbesondere im Sachenrecht ³⁾, im Prozeßrecht ⁴⁾, auch im Öffentlichen Recht ⁵⁾, nicht dagegen im Schuldrecht oder im Erbrecht. Im Schuldrecht wird der Verzicht in einen Erlaß nach § 397 BGB umgedeutet, der jedoch im Gegensatz zum einseitigen Verzicht einen Vertrag darstellt. ⁶⁾

Da der Bergschadenverzicht stets vertraglich vereinbart wird, bietet sich eine Einordnung unter den Begriff des Erlaßvertrages nach § 397 BGB zunächst an.

Der Erlaß des § 397 BGB setzt jedoch begrifflich das Bestehen des zu erlassenden Anspruchs voraus ⁷⁾. Er kommt daher für alle diejenigen Verträge nicht in Betracht, die den Verzicht auf künftige Bergschadensansprüche enthalten. Da sich die weitaus überwiegende Zahl aller Bergschadenverzichtsvereinbarungen

2) vgl. Heertz S. 11 ff.; Wiester S. 13 ff.; Barbrock S. 28 ff.; Böddiker S. 23.

3) §§ 875, 928, 959, 1064, 1168 Abs. 2 BGB.

4) §§ 306, 346, 514, 566 ZPO.

5) vgl. Wolff, Verw.R. I, § 43 Anm. Vc; Forsthoff S. 261, v. Turegg S. 149.

6) Enneccerus-Lehmann § 74 Anm. I.

7) vgl. RGZ 148, 262; Palandt-Danckelmann § 397 Anm. 1 b.

aber gerade auf künftige Ansprüche bezieht, ist der in § 397 BGB geregelte Erlaß zur rechtlichen Einordnung des Bergschadenverzichts nicht geeignet ⁸⁾. In der Praxis hilft man sich vielfach mit der Annahme eines Vergleichs im Sinne des § 779 BGB. Vom Erlaß unterscheidet er sich vor allem durch das Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens, durch das der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses beseitigt wird.

Die Bergschadenverzichtsvereinbarung soll die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis ⁹⁾, nämlich darüber, ob und in welchem Umfang Bergschaden eintreten werden oder bereits eingetreten sind, im Wege gegenseitigen Nachgebens beenden. Damit scheinen die Voraussetzungen für die Annahme eines Vergleichs nach § 779 BGB zunächst vorzuliegen.

Zutreffend wird jedoch in der Literatur hiergegen eingewandt ¹⁰⁾, daß die Vertragspartner in Wirklichkeit keine Neuordnung ihrer Rechtsbeziehungen wollen, was Voraussetzung für das Vorliegen eines Vergleichs ist ¹¹⁾. Sie wollen vielmehr im Wege eines gewöhnlichen Austauschvertrages gegen eine bestimmte Gegenleistung den gesetzlichen Anspruch aus § 148 Abs. 1 ABG ausschließen ¹²⁾.

Man könnte noch an eine Einordnung der Bergschadenverzichtsvereinbarung unter den Begriff des "pactum de non petendo" denken. Das ist eine im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässige Vereinbarung, durch die sich der Gläubiger verpflichtet, einen Anspruch nicht geltend zu machen. Die Forderung wird hierdurch jedoch nicht zum Erlöschen gebracht, der Schuldner erhält nur eine Einrede, die er dem Anspruch des Gläubigers entgegensetzen kann ¹³⁾.

Eine solche Auslegung des Bergschadenverzichts würde aber dem Willen der Parteien nicht gerecht werden ¹⁴⁾. Der Bergwerkseigentümer will die Bergschadensforderungen, soweit sie entstanden sind, zum Erlöschen bringen, soweit sie noch nicht bestehen, will er ihr Entstehen verhindern. Ihm genügt es nicht, daß die Forderung trotz des Verzichtsvertrages entsteht und erst durch Erheben der Einrede

8) vgl. Heertz S. 12.

9) Der Begriff Rechtsverhältnis in § 779 BGB ist im weitesten Sinne zu verstehen, vgl. Palandt-Gramm § 779 Anm. 2 b.

10) vgl. Böldcker S. 25.

11) vgl. Ennec.-Lehmann § 198 Anm. IV.

12) vgl. Barbrock S. 32.

13) vgl. Soergel-Siebert § 397 Anm. 10; Erman-Westermann § 397 Anm. 1.

14) Barbrock S. 33; Böldcker S. 26.

in ihrer Durchsetzungskraft gehemmt wird. Seine Rechtsstellung wäre zu schwach; denn erhebt der Bergbautreibende in einem Bergschadensprozeß die Einrede des "pactum de non petendo" nicht rechtzeitig, so müßte er bei seinem Ausbleiben im Termin mit einer Verurteilung durch Versäumnisurteil rechnen, selbst wenn sich bereits aus dem Vortrag des klagenden Grundstückseigentümers das Bestehen eines Bergschadenverzichtsvertrages ergibt.

Bisher schloß die Literatur die Erörterung über die Rechtsnatur des Bergschadenverzichts meist mit der Feststellung ab, es handele sich um einen Vertrag "sui generis" ¹⁵⁾.

Eine nähere systematische Einordnung unter diesen für alle im BGB nicht geregelten Vertragstypen geltenden Begriff nehmen Bödderker und Bartsch vor ¹⁶⁾.

Bödderker faßt den Bergschadenverzicht unter den in der neueren Literatur entwickelten Begriff des Aufhebungsvertrages, durch den auf vertraglichem Wege auch ein kraft Gesetzes entstandenes oder künftig entstehendes Schuldverhältnis ausgeschlossen werden kann ¹⁷⁾. Allerdings ist ein gesetzliches Schuldverhältnis nur aufhebbar, soweit es auf einer abdingbaren Norm beruht. Bei den an ein Verschulden anknüpfenden Haftungstatbeständen findet die Abdingbarkeit ihre Grenze in § 276 Abs. 2 BGB, wonach die Haftung für Vorsatz nicht ausgeschlossen werden kann.

Im BGB prägt sich eine an den Typ des Aufhebungsvertrages, der seinen Ursprung im gemeinen Recht unter der Bezeichnung "contrarius consensus" hat ¹⁸⁾, anklingende Regelung insbesondere in den Bestimmungen über den Rücktritt vom Verträge - §§ 346 ff. BGB - und in den Vorschriften über Widerruf und Anfechtung von Willenserklärungen aus.

Bartsch ¹⁹⁾ ordnet den Bergschadenverzicht dagegen unter den von Lehmann für die Tatbestände der Haftung aus unerlaubter Handlung und der Gefährdungshaftung angewandten Begriff des Enthafteungsvertrages ein, durch den die Haftung aus bestimmten gesetzlichen Normen von vornherein auf vertraglichem Wege ausgeschlossen wird ²⁰⁾.

15) Heertz S. 12; Wiester S. 14; Barbrock S. 34 f.

16) Bödderker S. 26 ff.; Bartsch S. 39.

17) vgl. Staudinger § 397 Anm. 2.

18) vgl. Bödderker S. 26 f.

19) Bartsch S. 39.

20) Enneccerus-Lehmann § 231 Anm. II.

Beide Vertragsarten haben die gleiche Wirkung: Soweit ein Bergschadensanspruch entstanden ist, wird er vertraglich wieder aufgehoben. Die Entstehung künftiger Ansprüche bleibt ausgeschlossen.

Aufhebungs- und Enthaltungsvertrag decken sich im Ergebnis weitgehend. Um aber Unklarheiten zu vermeiden, daß es sich bei der Haftung des Bergbautreibenden aus § 148 ABG etwa entsprechend dem von Lehmann gewählten Ausgangspunkt um eine Verschuldens- oder Gefährdungshaftung handeln müsse, erscheint es geeigneter, den Bergschadenverzicht unter den Begriff des Aufhebungsvertrages zu fassen, da durch ihn vertragliche ebenso wie gesetzliche Schuldverhältnisse aufgehoben werden können ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Fälle von Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung oder um Entschädigungsansprüche handelt, die den Ausgleich für einen rechtmäßigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut darstellen. Die Einordnung des Bergschadenverzichts unter den Begriff des Aufhebungsvertrages ist besonders dann geboten, wenn man die Bergschadensforderung aus § 148 ABG mit der neueren Lehre als einen Ausgleichsanspruch für ein rechtmäßiges Handeln ansieht ²¹⁾, während es sich nach bisher herrschender Auffassung um einen seinem Wesen nach zur Gefährdungshaftung gehörenden Schadensersatzanspruch handelt ²²⁾.

II. DIE RECHTSWIRKUNG DES SCHULDRECHTLICHEN BERGSCHADENVERZICHTS

Um die Wirkungen des Bergschadenverzichts für die Gläubiger feststellen zu können, erscheint es geboten, zunächst einmal die rechtliche Stellung der obligatorisch und der dinglich Berechtigten bei Eintritt von Bergschäden zu untersuchen.

21) vgl. Arndt § 148 Anm. 1; Schomers S. 48 ff.; Schulte in ZfB 91, 311; Wecks in ZfB 90, 351 ff.; Kremer in NJW 58, 1766; Wolff-Raiser § 97 Anm. IV; Walther S. 33; Bartsch S. 9 ff.

22) vgl. Müller-Erbach S. 341; Isay § 148 Anm. 14; Enneccerus-Nipperdey § 217 Anm. II 7; Ebel § 148 Anm. 1; BGH U. v. 23.4.1958, ZfB 99, 219; auf eine Entscheidung dieser Streitfrage kommt es hier jedoch nicht an.

1. Die Rechtsstellung der obligatorischen Gläubiger

a) bei Eintritt der gesetzlichen Haftung des Bergbautreibenden.

Nach § 148 Abs. 1 ABG hat der Bergwerkseigentümer ²³⁾ alle "an dem Grundeigentum" entstehenden Schäden zu ersetzen. Bereits diese Formulierung deutet darauf hin, daß ersatzberechtigt nicht nur die Grundstückseigentümer, sondern auch andere Nutzungsberechtigte, wie etwa Mieter, Pächter oder Nießbraucher sein sollen, wenn ihnen infolge von Bergbaueinwirkungen ein Vermögensschaden entstanden ist ²⁴⁾. Allerdings haben sie nach Ansicht des Reichsgerichts ²⁵⁾ selbständige Bergschadensansprüche nur, soweit ihnen nicht auf Grund des Vertrags der Vermieter bzw. Verpächter ersatzpflichtig ist.

In seiner letzten Entscheidung zu dieser Frage läßt das Reichsgericht jedoch ausdrücklich offen, ob die Bergschadensansprüche des Pächters gegen den Bergwerkseigentümer auch ausgeschlossen sind, wenn der Pächter vom Verpächter Schadenersatz verlangen kann ²⁶⁾, etwa wegen nicht gehöriger Instandhaltung der Pacht-sache. Zur Begründung führt das Reichsgericht aus, insoweit als der Pächter für die ihm infolge des Bergbaues entzogenen Nutzungen dadurch gedeckt sei, daß er von Gesetzes wegen einen geringeren Pachtzins an den Verpächter zu zahlen habe, sei ihm ein Schaden nicht entstanden ²⁷⁾.

Diese Ansicht kann nur zutreffen, wenn sich zugleich mit dem Eintritt des Bergschadens an dem Grundstück die Pachtzinsverpflichtung ohne jedes weitere Zutun seitens des Pächters verringert. Nur dann würde nämlich der Eintritt des schädi-

23) Das Gesetz gebraucht in § 148 Abs. 1 ABG den Ausdruck "Bergwerksbesitzer". Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (ZfB 34, 403; 35, 373; 51, 158; 62, 123; 77, 162; RGZ 30, 228) ist hierunter jedoch der Bergwerkseigentümer zu verstehen; ebenso Isay § 148 Anm. 16; Ebel § 148 Anm. 9.

A. A. die überwiegende Literaturmeinung, die den Anspruch als gegen den Bergwerkseigentümer und gegen den Bergwerksbesitzer gerichtet ansieht, vgl. Boldt § 148 Anm. 2 b; Heinemann Ziff. 107; Holländer S. 13 Anm. 1; Miesbach-Engelhardt Anm. 1 b zu Art. 206 bay BergG - § 148 ABG; Ebel-Weller § 148 Anm. 11 d.

24) vgl. Isay § 148 Anm. 15; Westhoff Bd. I S. 13 ff.

25) RG in ZfB 51, 468; ZfB 56, 531; ebenso Westhoff Bd. I S. 30, 31; Heinemann Ziff. 101.

26) RG in ZfB 62, 420.

27) vgl. RG in ZfB 62, 420.

genden Ereignisses für den geschädigten Nutzungsberechtigten zugleich die Befreiung von einer Verbindlichkeit bewirken. Ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach Eintritt des schädigenden Ereignisses, auf die auch bei der Beurteilung eines Bergschadens entsprechend dem allgemein im Bürgerlichen Recht geltenden Schadensbegriff abzustellen ist ²⁸⁾, würde ergeben, daß der Pächter keinen Schaden erlitten hat.

Anders jedoch, wenn die Minderung des Pachtzinses nach §§ 537, 581 Abs. 2 BGB erst auf eine entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärung des Pächters hin eintritt, wie das für die Minderung im Kaufrecht (§§ 462, 459 BGB) zutrifft; hier hätte der Pächter des bergschadenbetroffenen Grundstücks zunächst eine Vermögensminderung erlitten. Für den eingetretenen Schaden würden ihm zwei verschiedene Schuldner unabhängig voneinander haften, der Grundstückseigentümer aus dem Pachtvertrag und der Bergwerkseigentümer aus § 148 ABG.

Nach einhelliger Meinung in der Literatur hat die Pachtzinisminderung aber nicht die Rechtsnatur eines selbständigen Anspruchs wie beim Kauf; sie stellt sich vielmehr als eine kraft Gesetzes eintretende Änderung der Vertragspflicht des Pächters dar ²⁹⁾. Diese Besonderheit wird aus der Rechtsnatur des Pachtvertrages und der sich daraus ergebenden fortdauernden Verpflichtung des Pächters erklärt, den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache fortgesetzt zu gewähren ³⁰⁾.

Dagegen ergeben sich bei Bestehen eines Schadensersatzanspruchs aus § 538 BGB keine Besonderheiten aus dem Wesen des Pachtvertrages. Das Recht des Pächters aus §§ 538 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB ist wie jeder andere Schadensersatzanspruch aus Vertrag zu behandeln. Die in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. April 1921 ³¹⁾ ausdrücklich offen gelassene Frage nach dem Bestehen von selbständigen Bergschadensansprüchen des Pächters bei Vorliegen von Schadensersatzansprüchen aus dem Pachtvertrag muß daher dahin beantwortet werden, daß außer dem Grundstückseigentümer auch dem Pächter Bergschadensansprüche zustehen, selbst wenn der Schadensersatzansprüche aus dem Pachtvertrag gegen den Verpächter hat ³²⁾. Vorausgesetzt ist jedoch stets, daß er infolge der Bergbaueinwirkung einen Vermögensschaden erlitten hat.

28) Heinemann Ziff. 9.

29) Enneccerus-Lehmann § 128 III 1 b; Staudinger-Kiefersauer § 537 Anm. 16; RGRK § 537 Anm. 5; Palandt-Gramm § 537 Anm. 3 a.

30) Staudinger-Kiefersauer § 537 Anm. 16.

31) ZfB 62, 420 (422).

32) Dieses Ergebnis trifft in gleicher Weise für das Verhältnis von Vermieter und Mieter zu.

Abzulehnen ist demnach die frühere Auffassung des Reichsgerichts ³³⁾, wonach der Anspruch des Mieters auf Ersatz von Bergschäden insofern eingeschränkt wird, als wegen mangelnder Instandhaltung des Grundstücks der Vermieter aus dem Mietvertrag ersatzpflichtig ist.

Ebensowenig kann der Ansicht von Luthé ³⁴⁾ zugestimmt werden, der zwischen der kraft Gesetzes eintretenden Pachtzinsminderung des § 537 BGB und dem Schadensersatzanspruch aus § 538 BGB nicht unterscheidet. Luthé behandelt den vertraglichen Schadensersatzanspruch und den Fall der Pachtzinsminderung oder -aufhebung gleich und kommt so zu dem Ergebnis, daß der Pächter sich in beiden Fällen nur an den Verpächter, nicht dagegen an den Bergbautreibenden halten kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen die vertraglichen Schadensersatzansprüche gegen den Verpächter und der Bergschadensanspruch gegen den Bergbautreibenden nebeneinander. Der Pächter, dem der Grundstückseigentümer aus dem Pachtvertrag schadensersatzpflichtig ist, kann wahlweise den Verpächter oder den Bergbautreibenden in Anspruch nehmen. Leistet der Verpächter, so steht ihm als Grundstückseigentümer insoweit ein Bergschadensanspruch gegen den Bergwerkseigentümer zu. Sein Schaden liegt in der Inanspruchnahme durch den Pächter. Leistet dagegen der Bergbautreibende, so erlischt zugleich der vertragliche Anspruch des Pächters gegen den Verpächter, da der Pächter nur einmal Ersatz seines Schadens verlangen kann. Die Leistung des Bergwerkseigentümers an den Pächter bewirkt zugleich, daß der Verpächter keinen Bergschadensanspruch mehr geltend machen kann, da er nur insoweit geschädigt ist, als er an den Pächter Schadensersatz leistet.

b) bei Ausschluß der Haftung des Bergbautreibenden durch Verichtsvereinbarungen.

Der Bergschadenverzicht hat als rein schuldrechtliche Vereinbarung nur bindende Wirkung für die Vertragspartner selbst. Durch den Verzicht kann daher grundsätzlich nur der Anspruch des Grundstückseigentümers als Vertragspartner ausgeschlossen werden. So besteht in der Literatur - jedenfalls soweit es sich um Ansprüche wegen bereits eingetretener Bergschäden handelt - Einigkeit darüber, daß bei einem Verzicht des Grundeigentümers die Ansprüche der Nutzungsberechtigten unberührt fortbestehen ³⁵⁾.

33) RG in ZfB 56, 531.

34) Luthé S. 43.

35) Heinemann Ziff. 138; Isay § 148 Anm. 26.

Die Meinungen gehen aber bereits bei der Beurteilung der Frage auseinander, ob der Grundstückseigentümer auf künftige Bergschadensansprüche mit Wirkung für die Nutzungsberechtigten verzichten kann.

Knebusch ³⁶⁾ und Barbrock ³⁷⁾ sind der Auffassung, der Verzicht des Grundeigentümers auf künftige Bergschadensansprüche wirke zugleich auch für die Nutzungsberechtigten, so daß bei dem späteren Eintritt eines Schadens selbständige Bergschadensansprüche für sie überhaupt nicht mehr entstehen. Da der Bergschadensanspruch zum Inhalt des Grundeigentums gehöre, könne er nur geltend gemacht werden, wenn er noch im Grundeigentum vorhanden sei. Das Recht, Bergschadensansprüche geltend zu machen, gehöre aber nicht mehr zum Grundeigentum, sobald der Eigentümer als Inhaber der umfassenden Herrschaftsgewalt es aufgebe. Gegenüber den Nutzungsberechtigten sei diese Verfügung wirksam, da sie ihre Rechte aus dem Eigentumsrecht des Grundstückseigentümers ableiten.

Demgegenüber vertreten Isay ³⁸⁾ und ihm in Ergebnis folgend Bartsch ³⁹⁾ die Ansicht, der Anspruchsberechtigte könne grundsätzlich nur über seinen Anspruch verfügen, nicht dagegen über Ansprüche des Mieters oder Pächters.

Der Ansicht von Isay und Bartsch ist zuzustimmen. Mit der Verpachtung des Grundstücks durch den Grundstückseigentümer erhält der Pächter zugleich das Recht, künftig Bergschadensansprüche geltend zu machen, soweit er durch Bergbaueinwirkungen Schäden an dem Pachtgrundstück erleidet. Diese Rechtsposition kann ihm der Verpächter nicht durch Abschluß eines Bergschadenverzichtsvertrages mit dem Bergbautreibenden nehmen. Eine solche Vereinbarung stellt ihrem Wesen nach einen Vertrag zu Lasten eines Dritten dar, der nach der Rechtsordnung des BGB keine Rechtswirkung für den Dritten hat ⁴⁰⁾. Rechtsverbindliche Wirkung tritt gegenüber dem Nutzungsberechtigten erst ein, wenn dieser seine Zustimmung zur Vereinbarung zwischen Grundeigentümer und Bergbautreibenden erklärt.

Räumt der Grundeigentümer erst nach Abschluß des Verzichtsvertrages Dritten Nutzungsrechte ein, so ist er dem Bergbautreibenden gegenüber aus dem Ver-

36) Knebusch in ZfB 77, 417 ff.

37) Barbrock S. 72, 73.

38) Isay § 148 Anm. 26.

39) Bartsch S. 39, 40.

40) Palandt-Danckelmann Einf. vor § 328 Anm. 5a; Enneccerus-Lehmann § 34 Anm. V.

zichtsvertrag verpflichtet, ihn von Bergschadensansprüchen der Nutzungsberechtigten freizustellen 40a).

2. Die Rechtsstellung der dinglichen Gläubiger

a) bei Eintritt der gesetzlichen Haftung des Bergbautreibenden.

aa) Das gesetzliche Pfandrecht

Den in Absatz 1 des § 148 ABG weit gezogenen Kreis der Anspruchsberechtigten schränkt Absatz 2 wieder ein, indem er selbständige Bergschadensansprüche der Hypotheken-, Grundschild- und Rentenschuldgläubiger ausschließt.

Um aber dem Interesse dieser Realgläubiger an der Erhaltung des ihnen als Sicherheit dienenden Grundstücks gerecht zu werden, gewährt ihnen das Gesetz ein Pfandrecht an den Bergschadensansprüchen des Grundeigentümers. Über Art. 67 Abs. 2 EGBGB finden die Art. 52, 53 EGBGB Anwendung.

Nach Art. 52 hat der Realgläubiger, dessen Recht an dem beschädigten Grundstück beeinträchtigt wird, an dem Entschädigungsanspruch des Eigentümers dieselben Rechte, die ihm bei Erlöschen seines Rechts in der Zwangsversteigerung des Grundstücks an dem Versteigerungserlös zustehen würden. Seine Stellung ist somit die gleiche, als ob das Grundstück, an dem er ein Sicherungsrecht hat, versteigert würde und sein Recht in der Versteigerung zum Erlöschen käme. Die rechtlichen Folgen für den Realgläubiger, dessen Recht in der Versteigerung erlischt, ergeben sich aus § 92 ZVG. Nach dieser Bestimmung tritt - entsprechend dem sogenannten Surrogationsprinzip - 41) an die Stelle des Grundstücks der Versteigerungserlös. Das Grundstück wird frei von allen Belastungen. Die an dem Grundstück bestehenden Rechte setzen sich mit ihren früheren Rangstellen am Erlös fort. Das Recht des Gläubigers aus § 92 ZVG besteht also darin, daß er nach dem Rang seines Grundpfandrechts Befriedigung aus dem Versteigerungserlös erlangen kann.

Nun ist zwar die Lage bei Eintritt des Bergschadens nicht die gleiche wie bei der Versteigerung des Grundstücks; während nämlich bei der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag neues originäres Eigentum entsteht, ändert sich durch den Bergschaden an den Eigentumsverhältnissen und der Belastung des Grundstücks nichts. Dennoch läßt sich der Gedanke des Surrogationsprinzips auch hier anwenden:

40a) Miesbach-Engelhardt Anm. 7a zu Art. 206 bay. BergG- § 148 ABG.

41) vgl. Jaeckel-Güthe Bd. I § 92 Anm. 1 und 2.

Mit dem Auftreten von Bergschäden an dem Grundstück vermindert sich der Wert des Grundstücks. Dadurch wird dem Realgläubiger ein Teil seiner Haftungsgrundlage entzogen. Zugleich mit dem Eintritt der Wertminderung entsteht jedoch der Bergschadensanspruch des Eigentümers. Er tritt an die Stelle der Wertminderung, so daß der Wert der Haftungsgrundlage für den Realgläubiger im Ergebnis der gleiche bleibt wie vor Eintritt des Schadens.

bb) Der Umfang der Haftung

Der Bergschadensanspruch des Eigentümers haftet den Realgläubigern in vollem Umfang bis zur Höhe ihres Grundpfandrechts. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Grundpfandrecht durch den verbleibenden Restwert des Grundstücks selbst noch genügend gesichert ist ⁴²⁾.

Zwar wird die Ansicht vertreten ⁴³⁾, aus dem Wortlaut des Art. 52 EGBGB ergebe sich, daß der Bergschadensanspruch erst dann haften solle, wenn der Restwert des Grundstücks die Forderung der Realgläubiger nicht mehr genügend sichere. Soweit die Forderung des Grundpfandgläubigers noch durch den Restwert des Grundstücks gedeckt sei, könne er ja jederzeit volle Befriedigung aus dem Grundstück erlangen.

Dieser Meinung läßt sich jedoch entgegenhalten, daß eine Rechtsbeeinträchtigung, wie sie Art. 52 EGBGB voraussetzt, nicht erst eintritt, wenn der Gläubiger mit seinem Grundpfandrecht in der Zwangsversteigerung ausfällt ⁴⁴⁾. Sie liegt schon vor, sobald durch Eintritt von Bergschäden und die damit verbundene Wertminderung des Grundstücks dem Gläubiger ein Teil seiner ursprünglichen Haftungsgrundlage entzogen wird. Anderenfalls käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß sich erst nach Durchführung der Zwangsversteigerung herausstellen würde, ob die Rechte der Grundpfandgläubiger durch den Eintritt des Bergschadens beeinträchtigt worden sind oder nicht; denn erst jetzt läßt sich anhand des erzielten Versteigerungserlöses feststellen, inwieweit die Grundpfandrechte noch gedeckt sind.

42) vgl. Westhoff Bd. I S. 286 f.

43) Mehliß S. 19.

44) Bartsch S. 25 ff.

cc) Die Befriedigung der Realgläubiger

☉ vor Fälligkeit ihrer Rechte.

Während die Frage, unter welchen Voraussetzungen den Grundpfandgläubigern Rechte an der Bergschadensforderung zustehen, in Art. 52 EGBGB behandelt ist, regelt Art. 53 EGBGB die näheren Beziehungen zwischen den Beteiligten, insbesondere die Frage, wie die Rechte der Gläubiger im einzelnen durchgesetzt werden können.

Nach Art. 53 EGBGB sollen die §§ 1128 ff. BGB, die Vorschriften über die Haftung der Gebäudeversicherungssumme, angewandt werden. § 1128 Abs. 3 BGB verweist auf die für Pfandrechte an Forderungen geltenden gesetzlichen Regeln. Vor Fälligkeit des Grundpfandrechts kann der Bergwerkseigentümer nach den Bestimmungen über das Pfandrecht an Rechten, den §§ 1273 ff. BGB, daher die Entschädigungssumme nur an den Grundstückseigentümer und den Grundpfandgläubiger gemeinsam mit befreiender Wirkung leisten 45).

Da sich unter Umständen Unklarheiten darüber ergeben können, wem Grundpfandrechte an dem beschädigten Grundstück zustehen, empfiehlt es sich für den Bergwerkseigentümer, die Entschädigungssumme nach § 372 BGB zu hinterlegen. Leistungsbefreiende Wirkung hat die Hinterlegung jedoch nur, wenn der Eigentümer auf das Recht zur Rücknahme verzichtet 46).

Nach § 1178 Abs. 1 BGB ist der Bergwerkseigentümer ausnahmsweise berechtigt, die Bergschadenssumme an den Grundeigentümer allein zu zahlen, wenn er oder der Grundstückseigentümer dem Grundpfandgläubiger den Eintritt des Bergschadens angezeigt hat und der Gläubiger innerhalb eines Monats der Leistung an den Eigentümer nicht widerspricht.

ß) nach Fälligkeit ihrer Rechte.

Ist die Forderung aus dem Grundpfandrecht fällig, so hat der Gläubiger das Recht, den Bergschadensanspruch des Grundstückseigentümers ohne dessen Mitwirkung bis zur Höhe seines Grundpfandrechts einzuziehen 47). Der Bergwerkseigentümer darf nach Fälligkeit des Grundpfandrechts nur noch an den Grundpfandgläubiger leisten.

45) § 1281 BGB.

46) § 378 BGB.

47) § 1282 BGB.

dd) Das Erlöschen der Haftung

Die Haftung der Bergschadensforderung erlischt, wenn das beschädigte Grundstück wiederhergestellt ist ⁴⁸⁾, da das wiederhergestellte Grundstück dem Gläubiger wieder die gleiche Sicherheit bietet wie vor Eintritt des Bergschadens.

Ebenso erlischt die Haftung, wenn der Grundpfandgläubiger bereits Befriedigung erlangt hat.

b) Die Rechtsstellung der dinglichen Gläubiger bei Ausschluß der Haftung des Bergbau-reibenden durch Verichtsvereinbarungen

Soweit das Grundstück mit Grundpfandrechten belastet ist, kann der Eigentümer einen auch gegenüber den Realgläubigern wirksamen Verichtsvertrag über bereits bestehende Bergschadensansprüche nur mit deren Zustimmung abschließen ⁴⁹⁾, da durch den Verzicht das Pfandrecht der Realgläubiger an dem Bergschadensanspruch beeinträchtigt wird. Nach § 1276 BGB ist eine solche beeinträchtigende Verfügung nur mit Zustimmung des betroffenen Pfandgläubigers ihm gegenüber wirksam ⁵⁰⁾.

Ob der Verzicht des Grundstückseigentümers auf künftige Bergschadensansprüche ebenfalls die Zustimmung der Realgläubiger erfordert, ist in der Literatur streitig.

Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob § 1276 BGB auch für den Verzicht auf künftige Bergschadensansprüche Anwendung findet.

Wiester vertritt die Ansicht, die Zustimmung der Realgläubiger sei nicht erforderlich. Es bestehe keine gesetzliche Vorschrift, die es dem Eigentümer verbiete, auch ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger auf künftig entstehende Bergschadensansprüche zu verzichten ⁵¹⁾.

Demgegenüber gehen Heinemann und Bartsch zutreffend von dem Sinn und Zweck des § 1276 BGB auf, der ganz allgemein in dem Schutz der Pfandgläubiger gegen Verfügungen über den verpfändeten Gegenstand liegt, die ihre Pfandrechte beeinträchtigen können ⁵²⁾. § 1276 BGB ist daher auch für den Verzicht des Eigentümers auf künftige Bergschadensansprüche anzuwenden. Denn in dem Verzicht

48) Art. 53 Abs. 2 EGBGB.

49) Heinemann Ziff. 138.

50) Wiester S. 44.

51) Wiester S. 44.

52) vgl. Bartsch S. 63; so im Ergebnis auch Heinemann Ziff. 139.

auf künftig entstehende Forderungen liegt zugleich eine Verfügung, die das Pfandrecht der Realgläubiger an dem künftigen Bergschadensanspruch beeinträchtigt. Könnte nämlich der Eigentümer ohne Mitwirkung der Realgläubiger verzichten, so würde in Zukunft bei Eintritt eines Bergschadens keine Bergschadensforderung und damit auch kein Pfandrecht für die Realgläubiger mehr entstehen. Derartige Ergebnisse will aber § 1276 BGB gerade vermeiden. Daher ist der Verzicht des Grundeigentümers auf künftige Bergschadensansprüche für die Realgläubiger nur wirksam, wenn sie ihre Zustimmung erklärt haben.

Verfügt der Eigentümer über den Bergschadensanspruch, indem er ohne die Zustimmung der Grundpfandgläubiger einen Bergschadenverzicht vereinbart, so verstößt er gegen ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB, das den Schutz bestimmter Personen, hier der Realgläubiger, bezweckt⁵³⁾. Gegenüber diesen geschützten Personen ist die getroffene Verfügung unwirksam. Im übrigen ist sie jedoch voll wirksam. Bei Eintritt eines Bergschadens entsteht daher für den Grundstückseigentümer kein Bergschadensanspruch. Dagegen erhalten die Grundpfandgläubiger ein Pfandrecht an der Bergschadensforderung, deren Entstehung ihnen gegenüber fingiert wird.⁵⁴⁾ Erforderlich ist bei Abschluß des Verzichtsvertrages die Zustimmung aller Gläubiger, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Grundpfandrechte an dem Grundstück des verzichtenden Eigentümers haben. Alle Realgläubiger, deren Rechte nach Abschluß des Verzichts entstehen, erwerben nur Grundpfandrechte an einem verzichtsbelasteten Grundstück. Für sie entstehen keine Pfandrechte an künftigen Bergschadensforderungen. Daher ist ihre Zustimmung zu dem Verzichtsvertrag nicht erforderlich.

53) RG in Recht 1911 S. 494.

54) vgl. Bartsch S. 65; zum gleichen Ergebnis kommt auch Barbrock S. 65 f., allerdings ohne eine rechtliche Einordnung unter dem Gesichtspunkt des relativen Veräußerungsverbots nach § 135 BGB vorzunehmen.

C. DER DINGLICHE BERGSCHADENVERZICHT

I. DIE EINTRAGUNG IM GRUNDBUCH

Da der schuldrechtliche Bergschadenverzichtsvertrag nur Wirkung zwischen den Vertragspartnern hat, ist der Bergbautreibende erneut Bergschadensansprüchen ausgesetzt, sobald ein Eigentumswechsel an dem Grundstück eintritt und neue Bergschäden auftreten. Eine Bindung des Rechtsnachfolgers an den schuldrechtlichen Verzicht des früheren Eigentümers besteht nicht. Daher ist das Bestreben der Bergwerkseigentümer verständlich, dem Bergschadenverzicht dingliche, jeden Rechtsnachfolger bindende Wirkung zu geben.

Vor Inkrafttreten des BGB konnte der Bergschadenverzicht ohne weiteres im Grundbuch eingetragen werden, da das deutsche Recht, namentlich das preußische Landrecht, die Möglichkeit gewährte, jedem auf eine bestimmte Sache bezüglichen Schuldrecht durch Besitzübertragung oder Eintragung im Hypothekenbuch dingliche Wirkung zu geben ⁵⁵⁾. Erst nach 1900 stieß die Eintragung des Bergschadenverzichts auf Schwierigkeiten, da das BGB zu dem römischen Prinzip des "numerus clausus" der dinglichen Rechte zurückgekehrt ist ^{55a)}.

Um eine wirksame Sicherung auch für die Zukunft zu erreichen, ließen die Bergwerkseigentümer sich zunächst für das betreffende Grundstück ein dingliches Vorkaufsrecht einräumen ⁵⁶⁾. Falls der auf Bergschadensansprüche verzichtende Eigentümer später sein Grundstück veräußern wollte, konnte der Bergbautreibende sein Vorkaufsrecht ausüben und das Grundstück selbst erwerben.

Diese Regelung hat sich in der Praxis jedoch nicht bewährt, da der Bergwerkseigentümer große Geldsummen zum Ankauf von Grundstücken aufwenden mußte, die damit betrieblichen Zwecken entzogen wurden. ⁵⁷⁾

Als ebenso unzweckmäßig und unwirtschaftlich erwies sich die Eintragung einer Sicherungshypothek. Hierbei verpflichtete sich der Grundstückseigentümer gegenüber dem Bergbautreibenden schuldrechtlich, ihm alle Beträge zu ersetzen, die der Bergwerkseigentümer bei Eintritt von Bergschäden an einen späteren Grundstückseigentümer zahlen muß. Zur Sicherung dieses Anspruchs wurde zugunsten des Bergbautreibenden eine Hypothek bestellt.

55) Wolff-Raiser § 2 Anm. II 2.

55a) Westermann § 3 Anm. III; Wolff-Raiser § 2 Anm. II 2.

56) Isay § 148 Anm. 26.

57) Barbrock S. 37 f.

Eine solche Vereinbarung ist indessen mit erheblicher Unsicherheit verbunden, da noch völlige Ungewißheit besteht, ob und in welcher Höhe in Zukunft Bergschäden an dem Grundstück auftreten. Der Grundstückseigentümer weiß daher nicht einmal annähernd, welchen Umfang seine gegenüber dem Bergwerkseigentümer übernommene Verpflichtung hat.

Der Versuch, dem Bergschadenverzicht durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit dingliche Wirkung zu verschaffen, schlug zunächst fehl.

Das Kammergericht verneinte die Zulässigkeit der Eintragung eines Bergschadenverzichts als Grunddienstbarkeit⁵⁸⁾. Zur Begründung führte es an, die Eintragung beziehe sich nicht auf ein dingliches Recht, sondern es sei Ziel der Parteien, die obligatorischen Folgen der nach § 50 Abs. 2 ABG gestatteten Einwirkung auf das Grundstück zu beseitigen. Weil diese Eintragung die schuldrechtliche Seite des Rechtsverhältnisses zwischen Bergbautreibendem und Grundstückseigentümer betreffe, sei sie nach dem die Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Sachenrechts ausschließenden System des BGB unzulässig.

Im Gegensatz zur Ansicht des Kammergerichts kam das Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß eine Eintragung des Bergschadenverzichts im Grundbuch als Grunddienstbarkeit nach der ersten und dritten Alternative des § 1018 BGB zulässig ist⁵⁹⁾.

Es vertrat die Auffassung, die auf vertraglicher Gestattung beruhende Einwirkungsbefugnis des Bergwerkseigentümers gehe wirtschaftlich und rechtlich weiter als die gesetzliche Duldungspflicht des Grundeigentümers aus § 148 ABG. Die Eintragung des Bergschadenverzichts stelle daher keine überflüssige Belastung des Grundbuchs dar. Sie sei nach der ersten Alternative des § 1018 BGB zulässig.

Allerdings stößt die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf Ablehnung, soweit sie die Eintragung der Grunddienstbarkeit nach § 1018 1. Altern. BGB für zulässig erklärt⁶⁰⁾.

Nach der ersten Alternative des § 1018 BGB ist die Eintragung einer Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt möglich, daß der Berechtigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen nutzen darf. Bei der Beschädigung des Grundstücks durch kraft Gesetzes⁶¹⁾ gestattete Bergbaueinwirkungen handelt es sich jedoch nicht um eine

58) KGJ Bd. 22 A S. 152; Bd. 49 A S. 195.

59) RGZ 130, 352.

60) Heinemann Ziff. 146; Bartsch S. 46.

61) vgl. § 54 ABG.

Benutzung, sondern um eine Beeinträchtigung des Grundstücks ⁶²⁾. Die Möglichkeit einer Eintragung des Bergschadenverzichts nach § 1018 1. Altern. BGB ist daher abzulehnen.

Dagegen ist dem Reichsgericht zu folgen, soweit es seine Entscheidung auf die dritte Alternative des § 1018 BGB stützt, wonach als Inhalt einer Grunddienstbarkeit der Ausschluß der Ausübung eines aus dem Eigentum fließenden Rechts eingetragen werden kann, das einem anderen Grundstück gegenüber besteht. Als herrschendes Grundstück gilt nach § 50 Abs. 2 ABG das Bergwerkseigentum ⁶³⁾. Als aus dem Eigentum fließendes Recht ist der Bergschadensanspruch des Grundeigentümers anzusehen ⁶⁴⁾.

Der im Grundbuch nach § 1018 3. Altern. BGB als Grunddienstbarkeit eingetragene Bergschadenverzicht ist demnach etwa folgendermaßen zu formulieren:

"Der Eigentümer ist verpflichtet, schädliche von dem Bergwerksunternehmen des jeweiligen Eigentümers des im Berggrundbuch von ... eingetragenen Bergwerks X ausgehende Einwirkungen auch über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus zu dulden, ohne Unterlassung, Wiederherstellung oder Ersatz für Beschädigungen, Beeinträchtigungen oder Wertminderungen verlangen zu können ⁶⁵⁾."

Die Eintragung des Bergschadenverzichts kann ebenso in Gestalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 BGB erfolgen. Der Bergschadenverzicht besteht dann nicht zugunsten des jeweiligen Inhabers eines bestimmten Bergwerkseigentums, sondern nur zugunsten einer bestimmten Person. Inhalt dieser beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann alles sein, was Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann, mithin auch ein Verzicht auf die sich aus dem Grundeigentum ergebenden Ansprüche aus § 148 ABG.

62) Heinemann Ziff. 146; Bartsch S. 46.

63) Heinemann Ziff. 144.

64) Barbrock S. 45.

65) vgl. Heinemann Ziff. 144.

II. DIE WIRKUNG DES EINGETRAGENEN BERGSCHADENVERZICHTS FÜR DIE REALGLÄUBIGER

Aus der im Grundbuch geltenden zeitlichen Rangfolgeordnung des § 879 BGB ergibt sich, daß jeder eingetragene Gläubiger die seinem Grundpfandrecht im Rang vorgehenden Rechte gegen sich gelten lassen muß.

Alle Grundpfandgläubiger, deren Rechte mit Rang nach der Bergschadensgrunddienstbarkeit eingetragen werden, erhalten daher bei Eintritt von Bergschäden keine gesetzlichen Pfandrechte an Bergschadensforderungen.

Zu der Frage, welche Rechtswirkungen von der Verzichtsgrunddienstbarkeit für die ihr im Rang vorgehenden Grundpfandrechte ausgehen, werden in der Literatur zwei Meinungen vertreten, die - wie Bartsch meint ^{65a)} - zu voneinander abweichenden Ergebnissen führen. Wegen ihrer Bedeutung für die Stellung der Realgläubiger sollen sie im folgenden näher untersucht werden.

Beide Ansichten gehen im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 130, Seite 350 ff. übereinstimmend davon aus, daß der Grundstückseigentümer bei Bestehen eines eingetragenen Bergschadenverzichts die Einwirkungen des Bergbaus auf sein Grundstück dulden müsse, ohne Entschädigung verlangen zu können.

Dabei nehmen Bartsch und ihm folgend neuerdings auch Heinemann an, der Anspruch des Eigentümers aus § 148 ABG entstehe zwar trotz des Bestehens der Grunddienstbarkeit, er könne aber nicht geltend gemacht werden, weil der Bergbautreibende ein Leistungsverweigerungsrecht habe ⁶⁶⁾. Dagegen geht Barbrock ⁶⁷⁾ davon aus, der als Grunddienstbarkeit eingetragene Bergschadenverzicht bewirke, daß Bergschadensansprüche des Eigentümers überhaupt nicht mehr entstehen.

Nach der von Bartsch und Heinemann vertretenen Meinung erwerben die Grundpfandgläubiger bei Auftreten von Bergschäden nach wie vor Pfandrechte an der Bergschadensforderung, da diese ja ungehindert entsteht und nur von dem Eigentümer nicht geltend gemacht werden kann ⁶⁸⁾. Nur dann erhalten die Realgläubiger keine Pfandrechte, wenn sie früher einem schuldrechtlichen Bergschadenverzicht des Grundeigentümers zugestimmt haben ⁶⁹⁾, da diese Zustimmung

65a) vgl. Bartsch S. 54 ff.

66) Bartsch S. 57 ff.; ebenso Heinemann, 3. Aufl., Ziff. 144.

67) Barbrock S. 64; ebenso Heinemann noch in der 2. Aufl., Ziff. 137.

68) Bartsch S. 60.

69) Bartsch S. 55.

als Verzicht auf Pfandrechte an künftig entstehenden Bergschadensforderungen zu werten ist.

Veräußert der Eigentümer später sein Grundstück, so besteht zwischen dem neuen Eigentümer und dem Grundpfandgläubiger keine schuldrechtliche Beziehung mehr. Der Grundpfandgläubiger erhält daher nach Ansicht von Bartsch trotz seiner Zustimmung zum schuldrechtlichen Verzicht des früheren Eigentümers erneut ein Pfandrecht an der Bergschadensforderung, wenn nunmehr Bergschäden auftreten ⁷⁰⁾, da er gegenüber dem neuen Eigentümer keine Zustimmungserklärung abgegeben hat.

Seine Zustimmung zu dem schuldrechtlichen Verzicht des früheren Eigentümers läßt sich nicht dahin auslegen, daß der Realgläubiger auch bei einem Rechtsnachfolger des Eigentümers keine Rechte an den Bergschadensforderungen geltend machen wolle ⁷¹⁾, wenn nicht ein solcher Verpflichtungswille in seiner Erklärung in irgendeiner Form Ausdruck gefunden hat.

Geht man dagegen mit Barbrock davon aus, der als Grunddienstbarkeit eingetragene Bergschadenverzicht bewirke, daß Bergschadensansprüche des Eigentümers überhaupt nicht mehr entstehen ⁷²⁾, so ergibt sich folgende Rechtslage:

Da bei Eintritt eines Bergschadens kein Bergschadensanspruch des Eigentümers entsteht, können an sich auch die im Rang vor der Bergschadensgrunddienstbarkeit eingetragenen Grundpfandgläubiger keine Pfandrechte an der Bergschadensforderung erwerben. Das würde aber eine Beeinträchtigung ihrer Grundpfandrechte durch ein rangschlechteres Recht bedeuten, wie sie mit der nach § 879 BGB im Grundbuch geltenden zeitlichen Rangfolgeordnung nicht vereinbar wäre. Dasselbe Ergebnis läßt sich auch aus § 1276 BGB begründen. Nach dieser Bestimmung kann eine das Pfandrecht aufhebende Verfügung nur mit Zustimmung der betroffenen Rechtsinhaber vorgenommen werden. Haben die im Rang vorgehenden Grundpfandgläubiger der Eintragung des dinglichen Bergschadenverzichts nicht zugestimmt, so ist die Eintragung ihnen gegenüber gemäß § 135 BGB rechtlich unwirksam. Sie erhalten daher nach wie vor Pfandrechte an der Bergschadensforderung, die ihnen gegenüber als entstanden gilt ⁷³⁾.

70) Bartsch S. 67.

71) Bartsch S. 68.

72) Barbrock S. 64.

73) Knebusch, ZfB 77, 417 ff.; Barbrock S. 65; vgl. auch Bartsch S. 66, der diese Rechtswirkung allerdings nur dem schuldrechtlichen Bergschadenverzicht zuerkennt.

Nach dieser Auffassung ergeben sich materiellrechtlich die gleichen Folgen wie nach der von Bartsch vertretenen Ansicht, auch wenn neben dem eingetragenen Bergschadenverzicht noch eine schuldrechtliche Verzichtsvereinbarung besteht. Rechtliche Unterschiede können sich jedoch in der Stellung des Bergbautreibenden im Prozeß um Bergschadensansprüche ergeben, wenn man dem eingetragenen Bergschadenverzicht entweder die Wirkung einer anspruchshemmenden, nur auf den Vortrag des Beklagten hin zu berücksichtigenden Einrede oder aber die einer anspruchsausschließenden, von Amts wegen durch das Gericht zu berücksichtigenden Einwendung gibt.

Das Problem, welche Wirkung diesem Recht zukommt, ist außer in der Darstellung von Bartsch ⁷⁴⁾ bisher - soweit ersichtlich - noch nicht ausdrücklich behandelt worden, vermutlich weil ihm angesichts der verhältnismäßig geringen Zahl von Bergschadensprozessen, die meist durch außergerichtliche Regelungen vermieden werden, keine allzu große praktische Bedeutung zukommt.

Das Reichsgericht begnügt sich in seiner grundlegenden Entscheidung zur Zulässigkeit der Eintragung des Bergschadenverzichts als Grunddienstbarkeit ⁷⁵⁾ mit der Feststellung, die Grunddienstbarkeit habe die Wirkung, daß der Grundeigentümer über das gesetzliche Maß des § 906 BGB hinausgehende Immissionen zu dulden habe und daß ihm die Abwehrklage hiergegen versagt sei. Gestattung und Verzicht durch Vertrag hätten hier nicht nur schuldrechtlichen Charakter, sondern sie wirkten unmittelbar auf ein Recht ein, das Inhalt des Grundeigentums sei ⁷⁶⁾.

Abgesehen von Bartsch und neuerdings Heinemann ist die Literatur bisher stets ohne nähere Begründung davon ausgegangen, daß durch die Dienstbarkeit das Entstehen der Ansprüche des jeweiligen Grundeigentümers ausgeschlossen wird. ⁷⁷⁾

Es handelt sich hier jedoch um ein Problem allgemeiner Art, das in ähnlicher Form stets auftritt, wenn ihrem Inhalt nach entgegengesetzte Ansprüche zweier Rechtssubjekte aufeinander treffen; so etwa, wenn der Eigentümer gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache nach § 985 BGB klagt und dem Besitzer ein Besitzrecht im Sinne des § 986 BGB zusteht, oder wenn der Grundstückseigentümer nach § 1004 Abs. 1 BGB auf Unterlassung nachbarlicher Beeinträchtigung klagt, zu deren Duldung er nach § 1004 Abs. 2 BGB auf Grund einer Dienstbarkeit verpflichtet ist.

74) Bartsch S. 54 ff.

75) RGZ 130, 352 ff.

76) RG a. a. O. S. 355 ff., besonders S. 357.

77) vgl. Gottschalk, Glückauf 1929 I. Halbj. S. 238 f. (239); Knebusch, ZfB 77, 417 ff.; Barbrock S. 64; zum gleichen Ergebnis kommt auch Isay § 148 Anm. 26; a. A.: Bartsch S. 54 ff.; Heinemann Ziff. 144.

In beiden Fällen handelt es sich um Ansprüche aus dem Eigentum, denen der Inanspruchgenommene ein Recht zur Abwehr entgegensetzt. Einen gleichgelagerten Fall stellt die Inanspruchnahme des Bergbautreibenden nach § 148 ABG durch den Grundeigentümer dar. Nach in der Bergrechtsliteratur überwiegender Ansicht handelt es sich bei § 148 ABG - wie bei § 985 und § 1004 Abs. 1 BGB - um einen aus dem Eigentum fließenden Anspruch⁷⁸⁾. Diesem Recht hält der Bergbautreibende seinen Anspruch auf entschädigungslose Duldung der Bergbaueinwirkungen entgegen. Hier stellt sich daher in gleicher Weise wie bei § 985 und 1004 BGB die Frage, ob das Gegenrecht anspruchsausschließende Wirkung hat oder ob es den Anspruch nur in seiner Durchsetzungskraft hemmt. Obgleich sich die Ansprüche aus § 985 und 1004 Abs. 1 BGB in ihrem Ziel - bei § 985 Herausgabe der Sache, bei § 1004 Abs. 1 Abwehr einer Beeinträchtigung - unterscheiden, erscheint es dennoch gerechtfertigt, den auf Geldersatz gerichteten Anspruch aus § 148 ABG dieser Anspruchsgruppe der §§ 985 und 1004 Abs. 1 BGB zuzuordnen und die zur Rechtswirkung der §§ 985 und 1004 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze auch auf das Verhältnis des § 148 ABG zu dem nach § 1018 3. Altern. BGB eingetragenen Bergschadenverzichtsrecht anzuwenden. Besonders deutlich kommt der einheitliche Charakter der genannten Ansprüche in dem Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und dem abbauberechtigten Bergwerkseigentümer zum Ausdruck. Durch die Verleihung des Bergwerkseigentums wird der Grundeigentümer stark in seinen Rechten eingeschränkt. Er muß die schädigenden Einwirkungen des Bergbaues auf sein Grundstück dulden, ohne die Störungen durch den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB abwehren zu können, da ihm dieser gegenüber dem rechtmäßig auf das Grundstück einwirkenden Bergbautreibenden versagt bleibt. An die Stelle des § 1004 Abs. 1 BGB tritt aber der Anspruch aus § 148 ABG, gleichsam als Ersatz für den Verlust des Anspruchs aus § 1004 BGB⁷⁹⁾.

Faßt man die Ansprüche aus den §§ 985, 1004 Abs. 1 BGB und § 148 ABG wegen ihres gemeinsamen Ursprungs zusammen, so liegt es nahe, auch die gegen sie bestehenden Gegenrechte (§§ 986, 1004 Abs. 2 BGB) zu vergleichen, um hieraus möglicherweise Rückschlüsse auf die Rechtswirkung der Bergschadensgrunddienstbarkeit als Gegenrecht gegen den Anspruch aus § 148 ABG ziehen zu können.

78) so Schulte ZfB 91, 304; Wiester S. 12; Heinemann Ziff. 2; Barbrock S. 14 f.; Schomers S. 34; a. A. Westhoff Bd. I S. 54; Brassert-Gottschalk § 148 Anm. 1 und 11; Ebel § 148 Anm. 10; Heertz S. 39; sie erkennen dem Anspruch aus § 148 ABG nur obligatorischen Charakter zu.

79) vgl. Schulte, ZfB 91, 304 ff.; Böldeker S. 14 f.; Heinemann Ziff. 2; RGZ 130, 350 ff. (356).

Die Frage, welche Wirkung die Gegenrechte aus § 986 und § 1004 Abs. 2 BGB haben, läuft damit auf das alte, heute noch immer umstrittene Problem hinaus, ob diese Rechte als Einwendung vom Richter von Amts wegen zu beachten oder nur als anspruchshemmende Einreden vom Beklagten geltend zu machen sind.

Zwar tauchen angesichts so alter Streitfragen naturgemäß Zweifel auf, ob es sich nicht etwa nur um Unterschiede in der Begriffsbildung handelt, die keine echten Sachprobleme enthalten⁸⁰⁾. Die Stellung des Bergbautreibenden im Prozeß wegen Bergschadensansprüchen zeigt jedoch bei der Frage, ob ein Versäumnisurteil erlassen werden darf, deutlich die Unterschiede⁸¹⁾, die sich ergeben, wenn der Bergschadenverzichtsgrunddienstbarkeit entweder der Charakter einer Einrede oder aber der einer anspruchsausschließenden Einwendung zuerkannt wird⁸²⁾.

Im folgenden sollen daher zu der Streitfrage nach dem Verhältnis der §§ 985/986 und §§ 1004 Abs. 1/Abs. 2 BGB die wesentlichen Literaturmeinungen geprüft werden mit dem Ziel, hieraus den rechtlichen Charakter der Bergschadenverzichtsgrunddienstbarkeit im Verhältnis zum Bergschadensanspruch näher bestimmen zu können.

Der Meinungsstreit über die Frage, ob § 986 BGB dem Besitzer auf Grund seines Rechts zum Besitz eine den Eigentumsherausgabeanspruch nur hemmende Einrede oder eine den Anspruch ausschließende Einwendung gibt, geht in seinem Ursprung auf zwei Veröffentlichungen von Martin Wolff und Siber aus dem Jahre 1903 zurück⁸³⁾.

Siber spricht den Rechtsbehelf des § 986 BGB als Einrede an. Zugleich schränkt er aber den Anwendungsbereich des Eigentumsherausgabeanspruchs aus § 985 BGB und damit auch der Einrede aus § 986 BGB auf die Fälle ein, in denen dem Eigentümer nicht zugleich einen Rückgabeanspruch aus dem gegenüber dem Besitzer bestehenden dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnis zusteht⁸⁴⁾. Siber

80) Raiser, Festschrift für Martin Wolff, S. 124.

81) Nach Ansicht von Bartsch (S. 54 ff.) ergeben sich materiellrechtliche Unterschiede für die Realgläubiger, vgl. auch S. 19 ff. der Arbeit.

82) Vgl. oben S. 21 der Arbeit.

83) Martin Wolff, Das Recht zum Besitz, in Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, S. 5 Anm. 1;
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 114 ff.

84) Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz, S. 227 ff., insbes. S. 238 ff.

geht dabei von der Erwägung aus, daß mehrere zwischen den gleichen Subjekten erhobene Ansprüche nur dann selbständige Bedeutung haben und rechtlich voneinander zu trennen seien, wenn sie sich nach Entstehungsgrund oder Leistungsgegenstand voneinander unterscheiden. Erst dann bestehe ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers daran, zwischen beiden Ansprüchen zu wählen und damit verschiedene Rechtswirkungen herbeiführen zu können. Überall dort, wo dem Eigentümer gegen den Besitzer ein persönlicher Rückgabeanspruch aus einem speziellen Rechtsverhältnis zustehe, sei daneben kein sinnvoller Raum mehr für den Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB ⁸⁵⁾.

Eine Ausnahme erkennt Siber für den Fall an, daß sich Eigentums- und Vertragsanspruch erst nachträglich durch Abtretung, Übereignung, Erbgang oder auf andere Weise in einer Person vereinigen, nachdem sie zunächst für verschiedene Gläubiger entstanden waren; dann sollen beide Ansprüche nebeneinander fortbestehen, wobei allerdings dem Eigentumsherausgabeanspruch eine Einrede aus § 986 BGB entgegensteht, ⁸⁶⁾ da der Besitzer auf Grund des Vertrages besitzberechtigt ist.

Die Lehre Sibers hat in der Literatur keinen Anklang gefunden. Oertmann ⁸⁷⁾ stellt fest, das Gesetz selbst lasse in § 985 BGB nicht von einer Subsidiarität des Eigentumsherausgabeanspruchs erkennen. Besonders Dietz ⁸⁸⁾ bestreitet entschieden, daß sich die Herausgabeansprüche aus Eigentum und aus Vertrag ganz oder weitgehend decken. Nach der herrschenden Lehre ist der Vindikationsanspruch notwendig mit dem Eigentum verknüpft und steht dem Eigentümer immer zu ohne Rücksicht auf die für den Vertragsanspruch erheblichen Tatsachen ⁸⁹⁾.

Obwohl die Meinung Sibers durchweg auf Ablehnung stößt, finden sich dennoch zahlreiche Stimmen in der Literatur, die das Besitzrecht nach § 986 BGB als Einrede behandeln wollen ⁹⁰⁾. Dabei sind vereinzelt auch Versuche unternommen worden, den Begriff der Einrede als "Recht, der Geltendmachung eines Rechts zu

85) so im Ergebnis auch Wolff-Raiser § 84 I 2.

86) Siber, Passivlegitimation, S. 244 f., 249 f.

87) Oertmann, Iher. J. 61, 44 ff. (46).

88) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 182 ff.

89) vgl. Planck-Brodmann Vorbem. 3 vor § 985; Oertmann, Iher. J. 61, 44 ff.; Staudinger-Kober, vor § 985 Bem. III; RGRK § 985 Anm. 1; Palandt-Hoche Vorbem. 3 a vor § 985; Wolff, Recht zum Besitz, S. 5 ff.; Westermann § 30 I 2; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 1; Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 182 ff.; Heck § 66, 11; Lent § 39 VII.

90) v. Tuhr, Allg. T. I S. 299; Planck-Brodmann Vorbem. 2 vor § 985; Staudinger-Kober § 986 Anm. 1; RGRK § 986 Anm. 1.

widersprechen" ⁹¹⁾ abzuwandeln. Teilweise sind sie jedoch später wieder aufgegeben worden; sie haben im übrigen keinen Anklang gefunden ⁹²⁾ und sollen daher hier außer Betracht bleiben. Vielmehr ist im folgenden von dem Begriff der Einrede auszugehen, wie er sich in einer Reihe gesetzlicher Einzelbestimmungen im BGB ausgeprägt findet ⁹³⁾.

Die ursprünglich herrschende Meinung, die § 986 BGB als Einrede des Besitzers ansah, stützte sich zur Begründung auf den Wortlaut des § 986 Abs. 1: "Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern". Seiner Fassung nach gibt das Gesetz dem Besitzberechtigten eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers. Unstimmigkeiten ergeben sich aber schon aus dem Wortlaut des § 1004 Abs. 2 BGB, der bestimmt, daß der Abwehranspruch des Eigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB "ausgeschlossen" wird, wenn der Eigentümer zur Duldung der Störung verpflichtet ist; § 1004 Abs. 2 BGB müßte demnach zu den Einwendungen gehören.

Da eine einheitliche Lösung für beide Eigentumsschutzansprüche allgemein als unabweisbar betrachtet wird, zwingt die gegensätzliche Fassung der §§ 986 und 1004 Abs. 2 BGB zu einer Entscheidung, die sich in einem oder im anderen Falle über den Wortlaut hinwegsetzen muß ⁹⁴⁾.

Die Rechtsprechung hat sich bisher mit dieser Frage noch nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. In den Entscheidungen des Reichsgerichts wird meist nur beiläufig erwähnt, daß es sich bei den Gegenrechten aus §§ 986 und 1004 Abs. 2 BGB um Einreden des Beklagten handele ⁹⁵⁾.

Das Hauptargument, das in der Literatur gegen die Behandlung als Einrede angeführt wird, ist rein praktischer Natur. Es besteht in dem Hinweis auf die Lage des Richters im Säumnisverfahren, wenn der Kläger einen Eigentumsherausgabe- oder -abwehranspruch geltend macht und neben den anspruchsbegründenden Tatsachen zugleich weitere Tatsachen vorträgt, die das Bestehen eines Gegenrechts des Beklagten gegen den Anspruch des Klägers ergeben.

91) Dieser Begriff der Einrede ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 202, 886, 1169, 1254 BGB; vgl. hierzu auch Staudinger § 202 Anm. 4; v. Tuhr, Allg. T. I S. 288.

92) vgl. Übersicht bei Scherk, Iher.J. 67, 306 ff.

93) vgl. oben Anm. 91.

94) Raiser, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, S. 125; Scherk a. a. O. S. 303.

95) RGZ 127, 9; 144, 271.

Folgende Beispiele aus den Anspruchsgruppen der §§ 985, 1004 Abs. 1 BGB, 148 Abs. 1 ABG lassen die Problematik deutlich werden:

Fall 1: Der Kläger klagt auf Herausgabe einer Sache. Er trägt vor, er sei Eigentümer und habe die Sache eben erst für längere Zeit an den Beklagten vermietet.

Hier behauptet der Kläger neben den für den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB schlüssigen Tatsachen zugleich Tatsachen für das Bestehen eines Gegenrechts des Beklagten aus § 986 Abs. 1 BGB. Behandelt man das Besitzrecht aus § 986 BGB als Einrede, so muß der Richter den Beklagten auf Antrag durch Versäumnisurteil zur Herausgabe verurteilen, wenn dieser im Termin ausbleibt, obwohl unstreitig feststeht, daß der Anspruch des Klägers nicht begründet ist.

Fall 2: Der Kläger ist Grundstückseigentümer. Er klagt auf Unterlassung von Immissionen, die durch starke von dem Nachbargrundstück ausgehende Rauchentwicklung verursacht werden. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich, daß die von dem Grundstück des Beklagten ausgehende Störung das gesetzlich zulässige Maß zwar übersteigt, aber der Kläger dem Beklagten die übermäßige Einwirkung vertraglich gestattet hat.

Diesen auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in Band 66, S. 126 zurückgehenden Fall legt Raape seinen Ausführungen zu der Frage zugrunde, ob es sich bei § 1004 Abs. 2 BGB um eine Einwendung oder Einrede handelt. Er kommt zu dem Ergebnis, es könne sich hier nicht lediglich um eine Art pactum de non petendo handeln, das eine Einrede darstellen würde, sondern in der Vereinbarung liege zugleich eine als Einwendung zu behandelnde Verfügung, durch die die actio negatoria ausgeschlossen werde ⁹⁶⁾.

Folgt man dagegen der Einredetheorie, so muß das Gericht auch hier im Säumnisverfahren nach § 1004 Abs. 1 BGB verurteilen.

Fall 3: Der Kläger ist Grundstückseigentümer. Er klagt gegen den Bergwerkseigentümer, der unter dem Grundstück des Klägers abbaut, auf Ersatz des infolge der Bergbaueinwirkung am Grundstück entstandenen Schadens. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich zugleich, daß er dem Beklagten durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit die entschädigungslose Bergbaueinwirkung auf sein Grundstück gestattet hat.

96) Raape, Iher. J. 71, 97 ff. (106 f.).

Bartsch ⁹⁷⁾ und Heinemann ⁹⁸⁾, die der Verzichtsgrunddienstbarkeit keine den Bergschadensanspruch ausschließende Wirkung zuerkennen wollen, müßten hier neben den von ihnen angenommenen materiellrechtlichen Wirkungen bei folgerichtiger Fortführung ihrer Ansicht in prozeßrechtliches Gebiet zu einer Verurteilung des Beklagten im Säumnisfalle kommen.

In den Fällen zu § 985 und § 1004 BGB wollen einige Vertreter der Einredetheorie dieses offenbar unbillige Ergebnis ⁹⁹⁾ jedoch vermeiden ¹⁰⁰⁾. Vereinzelt wird allerdings der Versuch unternommen, die Verurteilung des Beklagten bei Säumnis mit dem Hinweis zu rechtfertigen, es könne Fälle geben, in denen der Beklagte die ihm zustehende Einrede aus irgendwelchen Gründen bewußt nicht erhebt, um es zur Verurteilung kommen zu lassen ¹⁰¹⁾. Dem hält Scherk ¹⁰²⁾ zutreffend entgegen, daß es dann wahrscheinlich überhaupt nicht erst zum Prozeß gekommen wäre und im übrigen derart seltene Ausnahmen nicht für die allgemeine Regelung des Gesetzes entscheidend sein können.

Vereinzelt hilft man sich mit der schlichten Feststellung, ein solches Schulbeispiel komme in der Praxis nicht vor ¹⁰³⁾. Richtig daran ist, daß ein solcher Fall - soweit ersichtlich - bisher jedenfalls nicht höchststrichterlich entschieden worden ist.

Das Hauptargument der Einwendungstheorie wird in der Literatur allerdings dadurch als weitgehend entkräftet angesehen, daß zu den Besitzrechten des § 986 BGB auch ein gegenüber dem Eigentümer bestehendes Zurückbehaltungsrecht zählt ¹⁰⁴⁾. Bei den Zurückbehaltungsrechten nach § 1000 und § 273 BGB handelte es sich aber mit Sicherheit um echte, nur auf eine entsprechende Erklärung des Beklagten hin zu berücksichtigende Einreden.

97) Bartsch S. 54 ff.

98) Heinemann, Ziff. 144.

99) vgl. Scherk, a. a. O. S. 302.

100) vgl. Planck-Brodmann, vor § 985 ff. Anm. 2; Raiser a. a. O. S. 125.

101) vgl. Siber, Passivlegitimation, S. 246.

102) Scherk, a. a. O. S. 302 f.

103) Vgl. hierzu Raiser, a. a. O. S. 125.

104) Wolff, Recht zum Besitz, S. 6; Siber, Passivlegitimation, S. 239; Raiser, a. a. O. S. 126.

Tatsächlich gibt das Zurückbehaltungsrecht nach der h. M. eine echte Einrede¹⁰⁵⁾ und begründet ein Recht zum Besitz nach § 986 BGB. Dennoch ist es nicht mit den übrigen Besitzrechten des § 986 BGB vergleichbar. Das wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß bei Bestehen eines echten Besitzrechts die Herausgabeklage des Eigentümers abzuweisen ist, während ein Zurückbehaltungsrecht stets nur zu einer Verurteilung Zug um Zug führt¹⁰⁶⁾. Auch dieses gegen die Einwendungstheorie erhobene Bedenken greift daher nicht durch. Dennoch soll nicht verkannt werden, daß eine dogmatisch völlig befriedigende Lösung dieser Frage bis heute noch immer nicht erreicht worden ist¹⁰⁷⁾.

Geht man mit der bereits herrschenden Meinung davon aus, daß es sich bei den Gegenrechten aus § 986 BGB um Einwendungen handelt, so bleibt als weitere Frage, ob die Einwendung das Entstehen des Eigentumsherausgabeanpruchs verhindert¹⁰⁸⁾, oder ob sie nur ein Hinausschieben der Fälligkeit des Anspruchs bewirkt, solange das Besitzrecht besteht¹⁰⁹⁾.

Der Aufschub der Fälligkeit wäre nach der in § 985 BGB enthaltenen Beweislastregel vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen, er könnte aber auch zur Klageabweisung führen, wenn ihn der Kläger selbst vorträgt.

Der Versuch, einen Aufschub der Fälligkeit aus der Vorschrift des § 986 herzuleiten, wirkt indes ebensowenig überzeugend wie die Konstruktion, in dem Vertragsabschluß mit dem Mieter liege zugleich eine stillschweigende Einigung über den Aufschub der Vindikation¹¹⁰⁾.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Dietz¹¹¹⁾, der § 986 BGB prozessual als Einwendung behandeln will¹¹²⁾, aber materiellrechtlich den dinglichen Her-

105) Vgl. RGZ 136, 426; RGRK § 986 Anm. 1; Lent § 40 VI 1; Westermann § 30 II 3 a; Erman-Hefermehl § 986 Anm. 1.

106) Vgl. Scherk, a. a. O. S. 373 ff.; Raape, a. a. O. S. 167 f.

107) Raiser, a. a. O. S. 124 ff.

108) So Scherk, a. a. O. S. 309, 357; ebenso Raape zu § 1004 Abs. 2 BGB, a. a. O. S. 105, 107; Raiser, a. a. O. S. 123 ff., 139; Westermann § 30 I 2; Wolff-Raiser § 84 IV 1 Anm. 15.

109) So Raape a. a. O. S. 166, während er auf Seite 105, 107 die Ansicht vertritt, der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB werde bei Bestehen einer Duldungspflicht ausgeschlossen; vgl. hier auch Raiser, a. a. O. S. 127.

110) Vgl. hierzu Raiser, a. a. O. S. 127.

111) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 182 ff.

112) Dietz, a. a. O. S. 184.

ausgabeanspruch nicht als aufgehoben, sondern nur als in seiner Wirkung gehemmt ansieht, solange der auf dem besonderen Schuldverhältnis beruhende Herausgabeanspruch nicht erhoben werden kann.

Demgegenüber betrachtet Scherk den Herausgabeanspruch als ausgeschlossen, solange das Besitzrecht besteht ¹¹³⁾. Sie geht davon aus, daß das Besitzrecht Teilinhalt des Eigentums ist und eine von ihm abgeleitete, aber gesondert übertragbare Befugnis darstellt. Dieser Befugnis beuge sich der Eigentümer durch Einräumung eines fremden Besitzrechts, auch wenn dieses keinen dinglichen Charakter trage. Insoweit stimmt Raape ¹¹⁴⁾ der von Scherk vertretenen Ansicht zu und wendet die §§ 182 ff., insbesondere § 185 BGB auf die Besitzüberlassung durch den Nichteigentümer an. Andererseits vertritt Raape ¹¹⁵⁾ die Auffassung, daß das Besitzrecht dem Eigentümer, der seine Sache dem Mieter überlassen hat, nur diesem Mieter gegenüber, nicht dagegen im Verhältnis zu Dritten fehle. Raiser folgert daraus, die Übertragung des Besitzrechts, von der Scherk ausgeht, sei beiderseits streng relativ. Sie könne darum das dem Eigentümer verbleibende dingliche Herrschaftsrecht als solches nicht mindern ¹¹⁶⁾.

Dem ist entgegenzuhalten, daß zwar der Vertrag als solcher nur relativen Charakter hat, die Besitzüberlassung aber gegen jeden Dritten wirkt und damit das Herrschaftsrecht des Eigentümers mindert. Das wird deutlich, wenn der Besitzer die gemietete Sache unbefugt einem Dritten überläßt. Der Eigentümer kann wegen § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB hier nur Herausgabe nach § 985 BGB an den Mieter, an sich selbst dagegen erst verlangen, wenn der Mieter den Besitz nicht mehr übernehmen will oder kann. Mithin fehlt dem Eigentümer das Besitzrecht auch im Verhältnis zu dem Dritten.

Bedenken gegen diese Ansicht könnten noch aus § 931 BGB hergeleitet werden, wenn man mit der Einwendungstheorie davon ausgeht, daß der Vindikationsanspruch gegenüber dem berechtigten Besitzer nicht entsteht, also auch nicht nach § 931 BGB an den Erwerber abgetreten werden kann.

Das Gesetz zwingt indessen in § 931 BGB nicht zu der Annahme, daß dem Eigentümer als solchem auch gegen den berechtigten Besitzer ein dinglicher Herausgabeanspruch zustehen müsse. Gegenstand der Abtretung nach § 931 BGB ist vielmehr der Herausgabeanspruch aus dem schuldrechtlichen Besitzmittlungsverhält-

113) Scherk, a. a. O. S. 357 f.

114) Raape, a. a. O. S. 97 ff.

115) Raape, a. a. O. S. 177.

116) Raiser, a. a. O. S. 127.

nis 117). Das zeigt sich deutlich bei gutgläubigem Eigentumserwerb nach § 934 BGB, wo der Nichteigentümer in jedem Falle nur einen persönlichen Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis an den Erwerber abtreten kann 118).

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß es sich bei dem Besitzrecht aus § 986 BGB um eine Einwendung gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB handelt, die bewirkt, daß der Vindikationsanspruch nicht entsteht 119).

Dagegen, die für die §§ 985, 986 BGB gefundene Lösung auch auf das Verhältnis von § 1004 Abs. 1 zu § 1004 Abs. 2 BGB zu übertragen, bestehen somit keine Bedenken 120). Dasselbe muß dann aber auch für das als Grunddienstbarkeit nach § 1018 3. Altern. BGB eingetragene Bergschadenverzichtsrecht gegenüber dem Anspruch aus § 148 ABG gelten, der an die Stelle des dem Grundeigentümer versagten Anspruchs aus § 1004 Abs. 1 BGB tritt 121).

Behandelt man demnach das eingetragene Bergschadenverzichtsrecht als Einwendung, so ergeben sich zwar nicht - wie Bartsch annimmt 122) - abweichende materiellrechtliche Folgen für die Stellung der Realgläubiger 123).

Der Unterschied zeigt sich allein in der prozeßrechtlichen Stellung des Bergbautreibenden. Der Bergwerkseigentümer braucht sich im Bergschadenprozeß nicht ausdrücklich auf das bestehende Verzichtsrecht zu berufen. Sind Tatsachen für

117) h.M.: Scherk, a.a.O. S. 390 ff.; Last, Iher. J. 63, 77 f.; Wolff-Raiser § 67 II 1; Westermann § 41 II 4; Staudinger-Kober § 931 Anm. 3 a; Planck-Brodmann § 931 Anm. 3 a; BGH U.v. 21.4.1959, NJW 59, 1536; Palandt-Hoche § 931 Anm. 3 unter Aufgabe seiner gegenteiligen Ansicht; a.A.: Oertmann, Iher. J. 61, 49 ff.

118) Scherk, a.a.O. S. 400 ff.; Raiser a.a.O. S. 135.

119) So die heute bereits herrschende Meinung: Wolff-Raiser § 84 Anm. 15; Scherk, a.a.O. S. 309, 357; Westermann § 30 I 2; Heck § 66, 11; Lent § 39 VII; Palandt-Hoche § 986 Anm. 1; Raiser, a.a.O. S. 123 ff.; Raiser, JZ 58, 683; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 5; a.A.: Siber, Passivlegitimation, S. 244 f., 249 f.; v. Tuhr, Allg. T. I S. 299; Planck-Brodmann Vorbem. 2 vor § 985; Staudinger-Kober § 986 Anm. 1; RGRK § 986 Anm. 1.

120) Raiser, a.a.O. S. 125; Scherk, a.a.O. S. 303.

121) Vgl. hierzu oben S. 22 der Arbeit und die dort angegebene Literatur.

122) Bartsch S. 54 ff.

123) Ob sich materiellrechtliche Unterschiede bei den Rangänderungsvereinbarungen zeigen, wird noch zu prüfen sein, vgl. S. 33 ff. der Arbeit.

das Bestehen eines dinglichen Bergschadenverzichts bereits von dem klagenden Grundstückseigentümer in den Prozeß eingeführt oder ergeben sie sich etwa aus einem dem Gericht vorgelegten Grundbuchauszug, so ist das Bestehen des Rechts vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen. Bleibt der Bergbautreibende im Termin aus, so kann gegen ihn kein zur Zahlung verurteilendes Versäumnisurteil erlassen werden 124).

III. RANGÄNDERUNGSVEREINBARUNGEN

1. Die Bedeutung der Rangänderungsvereinbarungen in der Praxis

Rangänderungsvereinbarungen werden häufig zwischen den Inhabern von Grundpfandrechten an bergschadenverzichtsbelasteten Grundstücken getroffen, um die Kreditbeschaffung zu erleichtern. Die Kreditgeber befürchten, daß infolge von Bergbaueinwirkungen der Wert des Grundstücks erheblich sinken könnte und - wenn wegen des eingetragenen Bergschadenverzichts für alle nachfolgenden Grundpfandgläubiger keine Bergschadensansprüche entstehen - eine hinreichende Sicherung des zu gewährenden Darlehens nicht gewährleistet sei. Ziel der Rangänderungsvereinbarungen ist in diesen Fällen, einem Grundpfandrecht, das im Rang nach dem eingetragenen Bergschadenverzicht steht oder erst noch eingetragen werden soll, einen Rang vor der Grunddienstbarkeit zu verschaffen.

Durch den Rangtausch wollen die Beteiligten erreichen, daß für den vorrückenden Grundpfandgläubiger Pfandrechte an künftigen Bergschadensansprüchen entstehen. Ob das stets möglich ist, soll im folgenden untersucht werden.

2. Die Rechtsnatur

Der Begriff der Rangänderung ist in der Literatur im einzelnen streitig.

Die wohl überwiegende Meinung sieht in der Rangänderungsvereinbarung eine

124) Nach der von Bartsch S. 57 ff. und Heinemann, 3. Aufl., Ziff. 144, vertretenen Auffassung, nach der das dingliche Bergschadenverzichtsrecht nur eine Einrede gibt, müßte der beklagte Bergbautreibende dagegen durch Versäumnisurteil auf Antrag des Klägers verurteilt werden; vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 19 der Arbeit.

Abtretung der Rangstellung des Zurücktretenden ¹²⁵⁾. Sie geht davon aus, daß der Rang eines Rechts kein selbständiges Recht darstellt. Unter dem Rang wird vielmehr das Verhältnis verstanden, in dem dieses Recht zu anderen Rechten steht ¹²⁶⁾.

Dennoch läßt diese Ansicht eine Trennung des konkreten Rangrechts von seinem Liegenschaftsrecht und eine Verbindung mit einem anderen Recht durch Abtretung zu. Mit der Abtretung des Rangrechts, die der zurücktretende Gläubiger vornimmt, gehen zugleich alle Eigenschaften des Rangrechts auf den Erwerber über.

Eine weitere Ansicht erblickt in der Rangvereinbarung einen Austausch des vollen vor- bzw. zurücktretenden Rechts ¹²⁷⁾. Daß es sich jedoch in Wirklichkeit nicht um einen Austausch des gesamten Rechts handeln kann, wird deutlich, wenn ein Hypothekengläubiger den Rang mit einem Grundschuldgläubiger tauscht. Der Hypothekengläubiger wird hierbei nicht Inhaber der Grundschuld und umgekehrt der Grundschuldgläubiger nicht Inhaber der Hypothek.

Nach v. Tuhr ¹²⁸⁾ bewirkt die Rangänderungsvereinbarung eine Verschiebung der Verhältnisse mehrerer Rechte durch Austausch ihrer Eigenschaften.

Es handelt sich hier also nicht nur um eine Abtretung des besseren Rangrechts, sondern beide Grundpfandgläubiger tauschen die Eigenschaften ihrer Rechte aus.

Westermann geht von dem Begriff des Ranges als dem Verhältnis eines Rechts zu einem anderen Recht an derselben Sache aus ¹²⁹⁾ und kennzeichnet die Rangänderung als Umgestaltung des Verhältnisses der Rechte zueinander, die der Inhaltsänderung gleichzustellen sei ¹³⁰⁾.

Wenn auch die Auffassungen in der Literatur über den Begriff der Rangänderungsvereinbarung auseinandergehen, so stimmen sie doch in ihren rechtlichen Folgen im wesentlichen überein. Sämtliche Ansichten führen zu dem Ergebnis, daß mit

125) Planck-Strecker § 880 Anm. II 1; Wolff-Raiser § 42 vor Anm. I.

126) Wolff-Raiser § 42 vor Anm. I.

127) Weinberg in LZ 31, 17.

128) v. Tuhr, Allg. T. I S. 236.

129) Westermann § 80 I 3.

130) Westermann § 82 I 1.

der Rangänderungsvereinbarung jedenfalls ein Austausch der Eigenschaften der beteiligten Rechte erreicht wird. Daher soll in diesem Zusammenhang auf die Streitfrage nicht näher eingegangen werden.

3. Die Wirkung für die Realgläubiger

Das im Rang vorrückende Recht bietet dem Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung bessere Vollstreckungsmöglichkeiten. Es hat stärkere Sicherungswirkung. Ob der vorrückende Gläubiger in jedem Falle gesetzliche Pfandrechte an künftig entstehenden Bergschadensansprüchen erhält, was das Hauptziel der Rangvereinbarung ist, soll im folgenden näher untersucht werden.

Nach der von Bartsch ¹³¹⁾ vertretenen Ansicht ist zu unterscheiden, ob neben dem eingetragenen Bergschadenverzicht noch zusätzlich ein schuldrechtlicher Verzichtsvertrag besteht.

Besteht keine obligatorische Verichtsvereinbarung, so erhält das Grundpfandrecht durch die Rangvereinbarung die gleiche Stellung, die es inne hätte, wenn es von Anfang an mit Rang vor der Grunddienstbarkeit eingetragen worden wäre. Da alle vorrangigen Rechte durch den eingetragenen Bergschadenverzicht nicht berührt werden, erhält der vorrückende Grundpfandgläubiger künftig bei Eintritt von Bergschäden kraft Gesetzes Pfandrechte an der Bergschadensforderung.

Besteht dagegen neben der Grunddienstbarkeit ein schuldrechtlicher Verzichtsvertrag zwischen Bergbautreibendem und Grundstückseigentümer, so soll - wie Bartsch meint - die Rangänderung "ohne Erfolg" bleiben. Bartsch nimmt an, das Grundpfandrecht erlange zwar eine bessere Rangstellung gegenüber der Grunddienstbarkeit; dennoch erhalte der vorrückende Gläubiger keine Pfandrechte, da bei Eintritt von Bergschäden wegen des Verzichtsvertrages keine Bergschadensansprüche entstehen könnten ¹³²⁾. Die Rechtsstellung des vorrückenden Grundpfandgläubigers könne sich jedoch später wieder verbessern, wenn der Grundstückseigentümer sein Grundstück veräußere, da der Gläubiger dann an eine zum Verzichtsvertrag des bisherigen Grundstückseigentümers gegebene Zustimmungserklärung gegenüber dem neuen Eigentümer nicht mehr gebunden sei. Zwischen dem Erwerber und dem Bergbautreibenden bestehe keine schuldrechtliche Beziehung mehr; daher erhalte der vorrückende Gläubiger vom Zeitpunkt des Erwerbs an wieder Pfandrechte an künftig entstehenden Bergschadensforderungen.

131) Bartsch S. 57 ff.

132) Bartsch S. 71.

Die von Bartsch vertretene Ansicht, die Rangänderungsvereinbarung führe dann nicht zum Entstehen von gesetzlichen Pfandrechten bei künftig auftretenden Bergschäden, wenn neben dem eingetragenen Verzicht noch eine schuldrechtliche Vereinbarung bestehe, ist abzulehnen. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

- 1.) Hat der im Rang zurücktretende Gläubiger einem zwischen Eigentümer und Bergbautreibendem bestehenden Verzichtsvertrag nicht zugestimmt, so war der schuldrechtliche Verzicht ihm gegenüber gem. § 1276 BGB unwirksam^{132a)}. Der Verzichtsvertrag kann daher schon deshalb gegenüber dem vorrückenden Gläubiger keine dessen künftige Pfandrechte beeinträchtigende Wirkung haben.
- 2.) Hat der zurücktretende Gläubiger früher einem schuldrechtlichen Verzicht zugestimmt, so entstanden für ihn keine Pfandrechte mehr; aber der vorrückende Gläubiger tritt nur in die dingliche, nicht auch in die schuldrechtliche Stellung des zurücktretenden Gläubigers ein. Der vorrückende Grundpfandgläubiger ist an die Zustimmung des Zurücktretenden nicht gebunden. Er erhält daher bei künftig auftretenden Bergschäden an ihm gegenüber wegen den §§ 1276, 135 BGB als bestehend geltenden Bergschadensforderungen des Eigentümers Pfandrechte. Da der vorrückende Gläubiger nur in die dingliche Rechtsstellung des Zurücktretenden eintritt, bleibt der obligatorische Verzicht des Eigentümers ihm gegenüber ohne Wirkung.

Die Rangänderungsvereinbarungen führen mithin stets zum Erfolg ohne Rücksicht darauf, ob neben dem eingetragenen Bergschadenverzichtsrecht noch eine schuldrechtliche Verzichtsvereinbarung besteht.

^{132a)} Vgl. S. 15 der Arbeit.

IV. DER EINGETRAGENE BERGSCHADENVERZICHT IN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG

1. Die Zwangsversteigerung

a) Die Stellung der Grundpfandrechte

Durch die gerichtliche Anordnung der Zwangsversteigerung wird das Grundstück beschlagnahmt ¹³³⁾. Die Beschlagnahme umfaßt alle diejenigen Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt ¹³⁴⁾. Hierzu gehört auch der Bergschadensanspruch ¹³⁵⁾. Nach § 55 ZVG werden alle beschlagnahmten Gegenstände mit dem Grundstück versteigert. In der Zwangsversteigerung gehen daher auch die Bergschadensansprüche des Grundstückseigentümers mit dem Zuschlag auf den Erwerber über ¹³⁶⁾. Sie haften den Realgläubigern nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung nur noch, soweit deren Grundpfandrechte in der Versteigerung ebenfalls bestehen geblieben sind. Sind sie erloschen, so erloschen zugleich auch ihre nach Art. 67, 52 EGBGB, § 1128 BGB an der Bergschadensforderung bestehenden Pfandrechte.

Nach der im ZVG getroffenen Regelung erloschen in der Zwangsversteigerung alle Rechte, die nicht im geringsten Gebot enthalten sind ¹³⁷⁾.

Soweit ein Grundpfandrecht in das geringste Gebot fällt und daher mit dem Zuschlag auf den Erwerber übergeht, haftet dem Gläubiger mit dem Grundstück auch der Bergschadensanspruch weiter.

b) Die Stellung des eingetragenen Bergschadenverzichts

Der als Grunddienstbarkeit eingetragene Bergschadenverzicht ist in der Zwangsversteigerung ebenso zu behandeln wie jede andere Dienstbarkeit. Das Recht erlischt, soweit es nicht in das geringste Gebot fällt ¹³⁸⁾. Der eingetragene Berg-

133) § 20 Abs. 1 ZVG.

134) § 20 Abs. 2 ZVG.

135) Jaeckel-Güthe § 21 Anm. 10 c S. 145; Korinthenberg-Wenz Kap. 17 II 5 S. 108; Reinhard Müller § 20 Anm. X 2; Brabrock S. 70.

136) Westhoff Bd. I S. 308 f.; Grundmann, JW 1909, 307; Bartsch S. 34; Mehliß S. 25;

a. A. Ludowieg, JW 1909, 94, nach dessen Meinung die Entschädigungsansprüche auch nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks weiterhin dem früheren Eigentümer zustehen.

137) §§ 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZVG.

138) §§ 52, 44 ZVG.

schadenverzicht kann also nur erlöschen, wenn er im Rang dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger nachfolgt. Steht der Verzicht im Rang vor dem betreibenden Gläubiger eingetragen, so fällt er in das geringste Gebot. Er muß daher als Belastung des Grundstücks von dem Erwerber mit übernommen werden.

2. Die Zwangsverwaltung

In der Zwangsverwaltung tritt ebenso wie bei der Zwangsversteigerung die Beschlagnahme des Grundstücks ein. Sie umfaßt auch die bestehenden Bergschadensansprüche mit der Wirkung, daß der Grundstückseigentümer sie nicht mehr geltend machen kann. Die Verfügungsbefugnis geht auf den Zwangsverwalter über, der nach § 152 Abs. 1 ZVG das Recht und die Pflicht hat, die Ansprüche geltend zu machen.

Im übrigen werden die Grundpfandgläubiger durch den Eintritt der Zwangsverwaltung nicht in ihren Rechten beeinträchtigt. Sie können auch weiterhin die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben. Hierbei haftet ihnen auch die Bergschadensforderung. Sobald die Forderungen aus den Grundpfandrechten fällig sind, können die Gläubiger die Bergschadensforderung ohne Mitwirkung des Zwangsverwalters einziehen ¹³⁹⁾. Vor Fälligkeit der Forderungen können sie dagegen nur Leistung an sich und den Zwangsverwalter gemeinsam ¹⁴⁰⁾ oder aber Hinterlegung des Betrages verlangen.

V. DER EINGETRAGENE BERGSCHADENVERZICHT BEI DURCHFÜHRUNG VON BODENORDNUNGSMASSNAHMEN NACH DEM BUNDESBAUGESETZ

1. Die Bedeutung der Bodenordnung im Verhältnis zum Bergbau

Die schweren Zerstörungen in unseren Städten stellten den deutschen Städtebau nach dem Zweiten Weltkrieg vor Aufgaben ungeheuren Ausmaßes. Zwar ist die damit verbundene Verantwortung nicht überall in ihrer ganzen Tragweite erkannt worden. Der Grund hierfür mag darin liegen, daß sich die starke wirtschaftliche Entwicklung unseres Landes zunächst nicht in vollem Umfang voraussehen ließ. Immerhin ist es aber selbst heute noch nicht zu spät, die bisher auf dem Gebiet

139) Art. 67, 52 EGBGB, §§ 1128 Abs. 3, 1282 BGB.

140) § 1128 BGB.

des Städtebaues gewonnenen Erfahrungen bei der Schaffung von neuen Wohngebieten zu verwerten, um dem Menschen möglichst gesunde Lebensbedingungen zu schaffen. Besondere Anforderungen sind dabei an die Planung der Verkehrs- und Versorgungsanlagen zu stellen. Angestrebt wird eine in verschiedene Bauzonen aufgegliederte, durch Grünanlagen und Freiflächen aufgelockerte Stadt 141).

Die durch eine weiträumigere Bebauung bedingte Verringerung der bebaubaren Fläche in den einzelnen Bauzonen und die erheblichen Erschließungskosten für neues Bauland, für den Bau von Straßenflächen und die nötigen Versorgungsanlagen verlangen allerdings eine gute Ausnutzung des vorhandenen Baugeländes und die Unterbindung einer wirtschaftlich und planerisch unbefriedigenden Streubauweise.

Um den Wiederaufbau von Anfang an in geordnete Bahnen zu lenken, setzten schon bald nach dem Krieg Bemühungen ein, ein den neuen Gegebenheiten angepaßtes, einheitliches und umfassendes Städtebaurecht zu schaffen.

Die Verfasser des sog. Lemgoer Entwurfs versuchten durch den "Entwurf eines Gesetzes über den Aufbau der deutschen Gemeinden" vom 12.8.1947 der Gefahr einer Zersplitterung auf dem Gebiet des Bau- und Bodenrechts entgegenzuwirken. Dieser Gesetzesentwurf wurde den Ländern als Muster eines neuen deutschen Baugesetzes empfohlen. Die Hauptschwierigkeit lag dabei in der Ungewißheit über die Rechtsgültigkeit der bestehenden baurechtlichen Normen und die noch völlig unklaren Fragen des Enteignungsrechts. Nachdem der totalitäre Staat seinen Lenkungsanspruch bezüglich des Eigentums überbetont hatte, bestand nun die Gefahr, daß die Erhaltung und freie Nutzung des Privateigentums über Gebühr in den Vordergrund gerückt und damit jede auf Grund der sozialen und wirtschaftlichen Notlage erforderliche Städtebauplanung und Raumordnung verdrängt würde. Trotz dieser Schwierigkeiten legten die meisten Länder, besonders in der britischen Zone, ihren Aufbaugesetzen den Lemgoer Entwurf weitgehend zugrunde, so daß das deutsche Aufbaurecht innerhalb der einzelnen Länder wenigstens in den Grundzügen übereinstimmte.

In der Folgezeit stellte sich jedoch heraus, daß das Städtebaurecht noch keineswegs seine endgültige Form gefunden hatte. Einzelne gesetzliche Bestimmungen erwiesen sich wegen zu starker Beschränkung des Grundeigentums, wegen Versagung einer angemessenen Enteignungsentschädigung oder einer unzulässigen

141) Weinheimer Gutachten S. 18.

Beschränkung des Rechtswegs als verfassungswidrig ¹⁴²⁾. Man bemühte sich daher, zunächst eine Klärung der wichtigsten Enteignungsfragen herbeizuführen.

Bereits 1950 hatte der Bundesminister für Wohnungsbau einen Referentenentwurf über ein einheitliches Bundesbaugesetz der Öffentlichkeit zur Stellungnahme übergeben. Am 28. 3. 1950 forderte der Bundestag mit einstimmig gefaßtem Beschluß die Regierung auf, bis zum 31. 12. 1951 den Entwurf eines Bundesbaugesetzes vorzulegen ¹⁴³⁾. Hierzu kam es jedoch erst fünf Jahre später. Zunächst beriefen Bund und Länder gemeinsam zur Klärung der grundlegenden Fragen zum Enteignungseingriff und zur Entschädigung einen Gutachterausschuß. Er erstattete 1952 das sog. Weinheimer Gutachten ¹⁴⁴⁾. Offengeblieben war bis zu diesem Zeitpunkt immer noch, ob nach der in Art. 74, 75 GG getroffenen Zuständigkeitsregelung das Baugesetz als Bundesgesetz erlassen werden sollte, oder ob nur die Möglichkeit bestand, Landesgesetzes nach einem bundeseinheitlichen Entwurf zu schaffen. Das Bundesverfassungsgericht entschied durch Rechtsgutachten ¹⁴⁵⁾, daß dem Bund die Gesetzgebung für die städtebauliche Planung, die Baulandumlegung, den Bodenverkehr, die Erschließung und die Bodenbewertung zustehe, nicht dagegen für das Baupolizeirecht und die Wertsteigerungsabgaben.

Als Instrumente zur Bodenordnung sieht das Bundesbaugesetz, das am 23. Juni 1960 erlassen wurde ¹⁴⁶⁾, die Enteignung von Grundstücken, die Umlegung und die Grenzregelung vor.

Bei der Anwendung dieser Maßnahmen in den dicht besiedelten Ballungsräumen, in denen zugleich Bergbau betrieben wird, ergeben sich die stärksten Berührungspunkte zum Bergschadensrecht. Um sich auch für die Zukunft wirksam vor Inanspruchnahmen bei Eintritt von Bergschäden zu sichern, hat der Bergbau vielfach in großem Umfang Grundstücke aufgekauft, die häufig noch unbebaut sind. Da diese Grundstücke oft innerhalb der sich immer stärker ausdehnenden Großstadt-

142) Vgl. hierzu etwa BGH U. v. 17. 4. 1953 zu § 43 Hess. Aufb. G., NJW 53, 983; BGH U. v. 25. 11. 1955 zu § 41 Hess. Aufb. G., NJW 56, 178; BGH U. v. 10. 2. 1958, NJW 58, 749; LG Aachen U. v. 3. 3. 1960 zu § 46 Aufb. G. NRW, NJW 60, 1529.

143) Vgl. Dittus, Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 3.

144) Gutachten über die Erfordernisse der Bau- und Bodengesetzgebung, erstattet durch den vom Bundesminister für Wohnungsbau eingesetzten Gutachterausschuß, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Heft 1.

145) BVerfGE 3, 407.

146) BGBl I, S. 341.

räume liegen, besteht ein öffentliches Interesse daran, sie im Rahmen der städtebaulichen Planung und Lenkung einer geordneten Bebauung zuzuführen.

Das Interesse des Bergbaues richtet sich dagegen darauf, trotz des bei Durchführung von Bodenordnungsmaßnahmen oftmals unvermeidbaren Eigentumsverlusts an seinen Grundstücken dennoch wirksam gegen eine Inanspruchnahme bei Eintritt von Bergschäden durch den neuen Eigentümer gesichert zu sein.

Eine wirkliche Sicherung ist jedoch nur möglich, wenn das eingetragene Bergschadenverzichtsrecht bei Erlöschen des Eigentums am Grundstück bestehen bleibt. Ob die Bergschadensgrunddienstbarkeit in den Bodenordnungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz untergeht oder fortbesteht, soll im folgenden näher geprüft werden.

2. Die Enteignung

a) Voraussetzungen und Ziel des Enteignungsverfahrens nach dem Bundesbaugesetz

Als stärkstes Mittel zur Durchsetzung städtebaulicher Ziele sieht das Bundesbaugesetz die Enteignung vor. Das Enteignungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz soll die Möglichkeit schaffen, Grundstücke zur bebauungsmäßigen Nutzung vorzubereiten oder sie der städtebaulichen Nutzung zuzuführen¹⁴⁷⁾. Es soll dazu beitragen, bisher bestehende Baulücken zu beseitigen und neues Baugelände planmäßig und vorausschauend zu erschließen. Für weitere Enteignungszwecke, die im Bundesbaugesetz nicht ausdrücklich zugelassen sind, bleiben die bereits in anderen Gesetzen bestehenden Enteignungsvorschriften unberührt.

Die Enteignung ist nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zulässig, die in erster Linie den durch sie Betroffenen schützen sollen. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung ist dabei stets, daß die Enteignung dem Allgemeinwohl dient und der Enteignungszweck nicht auf andere zumutbare Weise erreicht werden kann.¹⁴⁸⁾

Als besondere Voraussetzung muß im Falle der bebauungsplanmäßigen Enteignung und der Enteignung unbebauter oder geringfügig bebauter Grundstücke innerhalb zusammenhängend bebauter Ortsteile hinzukommen, daß Grundstücke der öffentlichen Hand nicht bereitgestellt werden können¹⁴⁹⁾ und der Antragstel-

147) Ernst, Das Bundesbaugesetz, S. 13.

148) § 87 Abs. 1 BBauG.

149) § 87 Abs. 2 Ziff. 1 BBauG.

ler - die Gemeinde - sich ernsthaft um den freihändigen Erwerb eines geeigneten Grundstücks bemüht hat ¹⁵⁰⁾. Außerdem muß glaubhaft gemacht werden, daß das Grundstück innerhalb einer angemessenen Frist für den Enteignungszweck verwendet wird ¹⁵¹⁾.

Die Enteignung für städtebauliche Zwecke nach dem Bundesbaugesetz umfaßt die Entziehung oder Belastung des Eigentums an bebauten und unbebauten Grundstücken. Sie hat außerdem die Entziehung oder Belastung dinglicher oder bestimmter obligatorischer Rechte an Grundstücken zum Gegenstand.

Enteignungsbegünstigter, nach älterem Enteignungsrecht nur der Staat oder die Gemeinde als Träger öffentlicher Aufgaben, kann jetzt jeder Dritte sein, der das Grundstück entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplanes nutzen will. Nur bei Grundstücken, die zur bebauungsplanmäßigen Nutzung vorbereitet oder einer baulichen Nutzung zugeführt werden sollen, ist Enteignungsbegünstigte immer die Gemeinde ¹⁵²⁾. Sie trifft die Pflicht, das Grundstück an Bauwillige zu veräußern oder es dem früheren Grundstückseigentümer zurückzuübertragen ¹⁵³⁾.

Das formelle Enteignungsverfahren wurde in der Vergangenheit vielfach kritisiert, weil es durch seine Kompliziertheit und Langwierigkeit städtebauliche Notwendigkeiten hemmte ¹⁵⁴⁾. Das Verfahren nach dem preußischen Enteignungsgesetz erforderte durch den Verleihungsbeschluß, das Planfeststellungs- und das Entschädigungsverfahren sehr viel Zeit ¹⁵⁵⁾.

Auch die Aufbaugesetze der Länder mit der Zweigleisigkeit des Rechtswegs - Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Enteignung vor den Verwaltungsgerichten und Nachprüfbarkeit der Entschädigungshöhe durch die Zivilgerichte - brachten keinen nennenswerten Fortschritt.

In Anlehnung an die Verfahrensvorschriften des Baulandbeschaffungsgesetzes ¹⁵⁶⁾

150) § 87 Abs. 2 Ziff. 2 BBauG.

151) § 87 Abs. 2 Ziff. 3 BBauG.

152) Brügelmann-Kopp § 87 Anm. 3.

153) Brügelmann-Kopp § 87 Anm. 3.

154) Vgl. Brügelmann Einf. V C 1 a.

155) Vgl. §§ 2, 15, 24 ff. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 (GS S. 221).

156) §§ 18 ff. Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. August 1953 (BGBI I S. 720), aufgehoben durch § 186 Abs. 1 Ziff. 20 BBauG.

hat der Gesetzgeber das Verfahren im Bundesbaugesetz nunmehr so gestaltet, daß die Enteignungsbehörde sämtliche Entscheidungen durch einen Akt, den Enteignungsbeschluß, treffen kann. Zuständig zum Erlaß des Beschlusses ist wie bisher die höhere Verwaltungsbehörde ¹⁵⁷⁾, das ist in Nordrhein-Westfalen der Regierungspräsident. Durch vorbereitende Anordnungen kann die Enteignungsbehörde ferner erreichen, daß das Verfahren in einem Verhandlungstermin durchgeführt wird ¹⁵⁸⁾. Eine weitere wesentliche Vereinfachung hat die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Bundesbaugesetz gebracht. Die Entscheidungen der Enteignungsbehörde können nur noch durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor den Kammern für Baulandsachen bei den Landgerichten angefochten werden ¹⁵⁹⁾. Da jetzt allein die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung zuständig sind ¹⁶⁰⁾, ist zugleich dem Erfordernis des Art. 14 GG Rechnung getragen, der für die Nachprüfung der Höhe der Enteignungsentschädigung den Weg zu den ordentlichen Gerichten zwingend vorschreibt ¹⁶¹⁾.

b) Abgrenzung von Enteignung und Eigentumsbindung

Zu den schwierigsten Fragen des Enteignungsrechts gehört auch nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes noch immer die nähere Bestimmung des Enteignungsbegriffs. Die Schwierigkeit rührt daher, daß es weder eine gesetzliche noch eine verfassungsmäßige Bestimmung des Begriffs, der Natur oder des Inhalts des Eigentumsrechts gibt.

Aus § 903 BGB ergibt sich, daß der Gesetzgeber des BGB das Eigentum als ein umfassendes Herrschaftsrecht versteht, das dem einzelnen die Befugnis gibt, eine Sache nach Belieben zu benutzen, über sie frei zu verfügen und jeden anderen von irgendwelchen Einwirkungen auszuschließen ¹⁶²⁾. Dieser Grundsatz der Eigentumsfreiheit kann jedoch in einer rechtlich geordneten Gemeinschaft nicht in seinem vollen Umfang gelten. Der Gegensatz zwischen den Interessen des einzelnen und der Rechtsgemeinschaft erfordert Einschränkungen des Eigentumsbegriffs. Diese Eigentumsschranken werden nach Art. 14 GG ebenso wie der

157) § 104 Abs. 1 BBauG.

158) § 108 BBauG.

159) § 157 Abs. 1 BBauG.

160) Brügelmann-Kopp, Einf. V vor § 85 Anm. C I 2;

161) So BVerfG. B. v. 23.2.1956, BVerfGE 4, 387 = DÖV 57, 676;

a. A. Maunz, Baulandentschädigung, S. 44, der den Rechtsschutz vor den Baulandkammern für verfassungswidrig hält, da das keine ordentlichen Gerichte seien, sondern eine Mischung aus Verwaltungsgerichten und ordentlichen Gerichten.

162) Lent S. 83; Schoene, DÖV 54, 553.

Inhalt des Eigentumsrechts durch Gesetze bestimmt. Darüberhinaus betont Art. 14 Abs. 2 GG die verpflichtende Natur des Eigentums, dessen Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll. Das Eigentum ist sozial gebunden ¹⁶³). Es können daher nur solche Eigentumsbeschränkungen eine Enteignung darstellen und eine Entschädigungspflicht nach Art. 14 GG auslösen, die über die Sozialbindung des Eigentums hinausgehen.

Damit erhebt sich die in der Literatur und Rechtsprechung noch immer umstrittene Frage nach der Abgrenzung der Eigentumsbindung von der entschädigungspflichtigen Enteignung. Zu dem Problem der Bestimmung des Enteignungsbegriffs hat sich eine Fülle von zum Teil stark voneinander abweichenden Theorien entwickelt.

Entsprechend der in den früheren Enteignungsgesetzen getroffenen Regelung verstand man ursprünglich unter Enteignung nur die Entziehung und Übertragung von Privateigentum an einem Grundstück oder anderen dinglichen Rechten durch Verwaltungsakt zugunsten eines gemeinnützigen Unternehmens ¹⁶⁴). Dieser sehr eng gefaßte Begriff der sog. klassischen Enteignung wurde aber schon sehr früh weiter ausgelegt.

Das Reichsgericht grenzte in ständiger Rechtsprechung den Enteignungsbegriff mittels der von Anschütz ¹⁶⁵) entwickelten Einzeleingriffslehre ab ¹⁶⁶). Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die Einzelaktstheorie vom Obersten Gerichtshof für die Britische Zone übernommen und fortgeführt ¹⁶⁷). Nach ihr muß sich ein enteignendes Gesetz auf Einzelfälle beschränken, also einzelne Personen erfassen und ihnen besondere Opfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegen ¹⁶⁸).

Die Rechtslehre erhob bald Bedenken gegen die Einzeleingriffslehre. Vor allem Jellinek machte geltend, es gebe einerseits tiefgreifende und daher enteignungs-gleiche allgemeingültige Rechtssätze, auf der anderen Seite aber auch so unbedeutende Einzeleingriffe, daß niemand sie als Enteignung auffassen könne ¹⁶⁹).

163) Forsthoff S. 301; Weinheimer Gutachten S. 33; BGH U. v. 20. 12. 1956, BGHZ 23, 30 = NJW 57, 539; Gut, DÖV 52, 521; OVG Hamburg U. v. 14. 10. 1950, MDR 50, 758.

164) Vgl. § 1 pr. Enteign. G.; Wolff, Verw. R. I § 62 II a.

165) Anschütz, Anm. 9 zu Art. 153 WRV S. 712.

166) Vgl. RGZ 129, 149; RGZ 118, 28 f.; 128, 171; 132, 72 ff.; 133, 125; 136, 124; 136, 170; 139, 183; 150, 13.

167) OGHZ 1, 98; vgl. Abraham in Bonner Komm. Anm. 7 zu Art. 14 GG.

168) Vgl. Giese, Enteignung und Entschädigung, S. 11.

169) Jellinek, Verw. R. S. 413; Scheuner, LZ 1930, 1171.

Das entscheidende Kriterium sei daher nicht in dem starren, formalen Merkmal des Einzeleingriffs zu suchen, vielmehr müsse auf die Intensität und Tragweite des jeweiligen Eingriffs abgestellt werden; dabei komme es auch auf die Zahl der betroffenen Personen an.

Auch diese sogenannte Schutzwürdigkeitstheorie ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen mit der Begründung, sie sei in ihrer Abgrenzung zu stark subjektiv gefärbt und räume dem richterlichen Ermessen einen zu weiten Spielraum ein, der die Einheitlichkeit und Sicherheit der Rechtsprechung infrage stelle 170).

Diese Gefahr will Stödter mit seiner ebenfalls auf materielle Gesichtspunkte gestützten Zumutbarkeitstheorie ausräumen. Er geht von dem verfassungsmäßigen Gebot des Gleichheitssatzes aus und prüft, ob das auferlegte Opfer für den Betroffenen eine ungleiche Belastung darstellt und daher für ihn unzumutbar ist. "Enteignung ist jeder ungleich belastende Hoheitseingriff in ein vermögenswertes subjektives Recht". Ob ein ungleicher Eingriff vorliegt, richtet sich wesentlich "nach der wirtschaftlichen Tragweite des Eingriffs, nach allgemeinen Zeitanschauungen und Wertauffassungen der Volksgemeinschaft und nach den in der Rechtsordnung zum Ausdruck gebrachten allgemeingültigen Wertungen" 171).

Die Zumutbarkeitstheorie hat zwar gelegentlich Anerkennung im Schrifttum 172) und in einer Reihe von Entscheidungen 173) während der Nachkriegszeit gefunden. Ihre Schwäche liegt jedoch ebenso wie bei der Schutzwürdigkeitstheorie in der allein auf materielle Gesichtspunkte gestützten und daher zu subjektiven Abgrenzung.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem grundlegenden Beschluß vom 9./10. 6. 1952 174)

170) Schelcher, ArchÖR. Bd. 18 NF S. 343; Haas, MDR 52, 650; Horn S. 42; Huber Bd. II S. 27.

171) Stödter, Die öffentlichrechtliche Entschädigung, S. 214.

172) Dennewitz S. 137 f.; Grapengeter, BBauBl 1952, 10; Giese, DRiZ 51, 192.

173) OVG Hamburg, U. v. 30. 6. 1950, DVBl 50, 759; OVG Hamburg, U. v. 20. 8. 1951, VerwRspr 1952, 449; Hans. OLG, U. v. 30. 3. 1950, MDR 50, 496; Hans. OLG, U. v. 6. 12. 1950, MDR 51, 178; DOG, B. v. 13. 4. 1950, NJW 50, 540; DOG, B. v. 21. 6. 1950, Vers. R. 1950, 131; OLG Hamm, U. v. 11. 7. 1954, BBauBl 1955, 327; VGH Freiburg, U. v. 31. 3. 1952, BBauBl 1954, 397.

174) BGHZ 6, 270 ff.

die Problematik des Enteignungsrechts eingehend behandelt und sich zu einer modifizierten Einzelaktstheorie bekannt. Er grenzt den Enteignungsbegriff nicht nach rein formalen Maßstäben ab, wendet sich andererseits aber auch gegen die "farblosen und dehnbaren" Begriffe der materiellen Enteignungstheorien. Um einer übermäßigen Ausweitung des Enteignungsbegriffes entgegenzuwirken, hält der BGH grundsätzlich an dem vom Reichsgericht ¹⁷⁵⁾ entwickelten Grundgedanken der Einzeleingriffslehre, dem Merkmal des den einzelnen ungleich treffenden Sonderopfers fest. Er sieht jedoch das entscheidende Kriterium des enteignenden Eingriffs in der Verletzung des Gleichheitssatzes. Der BGH kommt so zu folgender Definition des Enteignungsbegriffs:

"Die Enteignung ist ein gesetzlich zulässiger zwangsweiser staatlicher Eingriff in das Eigentum, sei es in der Gestalt der Entziehung oder Belastung, der die betroffenen einzelnen oder Gruppen im Verhältnis zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft" ¹⁷⁶⁾.

Die vom BGH zur Abgrenzung der entschädigungspflichtigen Enteignung von der sozialen Eigentumsbindung entwickelte Lehre stößt zwar im Schrifttum teilweise auf Ablehnung ¹⁷⁷⁾. In der seit dem Beschluß des BGH vom 9./10. 6. 1952 ¹⁷⁸⁾ vergangenen Zeit hat sich jedoch in einer beträchtlichen Zahl von Entscheidungen gezeigt, daß die modifizierte Einzelaktstheorie des BGH zu einer klaren Abgrenzung in der Praxis am geeignetsten ist, wenn auch - wie der BGH selbst einräumt - die Frage, ob ein in besonderer Weise belastendes Sonderopfer oder nur eine Sozialbindung vorliegt, letztlich immer nur im Einzelfall entschieden werden kann ¹⁷⁹⁾.

175) Vgl. oben S. 42 der Arbeit und die dort angegebene Literatur.

176) BGH B. v. 9./10. 6. 1952, BGHZ 6, 280 = NJW 52, 972 ff. (973).

177) Stödter, DÖV 53, 97 ff., 136 ff.; Haas, MDR 52, 648 ff.; DVBl 57, 859; Huber Bd. II, S. 31 ff.; Dürig, JZ 54, 7; Verfasser des Weinheimer Gutachtens, BBauBl 52, 338; Ernst, BBauBl 55, 56 ff.; Forsthoff S. 300 ff.; Reuss, DÖV 57, 658.

178) BGHZ 6, 280 ff.

179) BGH B. v. 9./10. 6. 1952, BGHZ 6, 280; BGH U. v. 26. 11. 1954, BGHZ 15, 272 f.; Meyer-Thiel-Frohberg S. 40.

Im folgenden 179a) soll daher bei enteignungsrechtlichen Abgrenzungsfragen besonderes Gewicht auf die vom BGH entwickelte und in ständiger Rechtsprechung 180) vertretene modifizierte Einzelaktstheorie gelegt werden.

c) Die Enteignung dinglicher Rechte

Im Zusammenhang mit der Frage, wie sich der Bergbautreibende bei Durchführung eines Enteignungsverfahrens wirksam gegen Bergschadensansprüche sichern kann, interessiert nicht nur das rechtliche Schicksal des Grundstücks selbst bei Anwendung von Bodenordnungsmaßnahmen. Besondere Bedeutung hat vielmehr die Stellung der an dem Grundstück Berechtigten. Bleiben die dinglichen Rechte trotz Erlöschens des Eigentums am Grundstück erhalten, so kann sich der Bergbautreibende möglicherweise durch vorherige Eintragung einer Bergschadensgrunddienstbarkeit gegen künftige Inanspruchnahmen bei Eintritt von Bergschäden wirksam sichern, obwohl er das Eigentum am Grundstück verliert.

Bezüglich des rechtlichen Schicksals der dinglichen Rechte ist zwischen den nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigenden Rechten (z. B. Nießbrauch, Wegerecht, Wohnrecht) und den nicht gesondert zu entschädigenden Rechten (Grundpfandrechte) zu unterscheiden.

aa) Die nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigenden Rechte

Wird ein Grundstück enteignet, so soll es in der Regel anderen Zwecken als bisher zugeführt werden. Vielfach erfordert daher der Enteignungszweck, daß es unbelastet durch dingliche Rechte und ohne daß der Enteignungsbegünstigte schuldrechtliche Verpflichtungen bezüglich des Grundstücks übernimmt, in das Eigentum des Begünstigten übergeht.

Bereits das Preußische Enteignungsgesetz bestimmt deshalb in § 45, daß das Grundstück durch die Enteignung von allen darauf haftenden privatrechtlichen Verpflichtungen frei wird, "soweit der Unternehmer dieselben nicht vertragsmäßig übernommen hat".

Gegenüber dieser grundsätzlichen Regelung wurden in der Literatur schon bald Bestrebungen erkennbar, Rechte am Grundstück in der Enteignung nur aufzuheben, wenn sie der Verwendung des Grundstücks zu Zwecken des neuen Unter-

179a) vgl. unten S. 48 f., 73, 75.

180) BGH, B. v. 9./10. 6. 1952, BGHZ 6, 270 (280) = NJW 52, 972, (973); U. v. 3. 3. 1958, BGHZ 27, 15 = NJW 58, 747 f.; U. v. 26. 11. 1954, BGHZ 15, 268, 271; U. v. 20. 12. 1956, BGHZ 23, 30, 32; U. v. 25. 6. 1959, BGHZ 30, 338, 341.

nehmens entgegenstehen. Soweit ein Recht die geplante Nutzung des Grundstücks nicht hindere, müsse es - entgegen dem Wortlaut des Gesetzes - bestehen bleiben, "weil es dann bezüglich dieser Servitut an dem Rechtsgrund der Enteignung fehle" 181).

Zum gleichen Ergebnis kommt Heinemann, der davon ausgeht, Zweck des § 45 pr. Enteign. G. sei es, sicherzustellen, daß der Erwerber des Grundstücks nicht durch privatrechtliche Belastungen im Besitz des Grundstücks oder an der Nutzung oder Benutzung desselben gestört werden könne. Deshalb müßten alle Belastungen untergehen, die dazu angetan sein könnten, die Ausnutzung des Grundstücks für den Enteignungszweck zu beeinträchtigen 182); hierzu gehören etwa die Gebrauchsrechte, Reallasten und Erbbaurechte.

Demgegenüber vertritt Barbrock die Auffassung, das Grundstück werde in der Enteignung von allen privatrechtlichen Belastungen frei. Zur Begründung stützt er sich auf den Wortlaut des § 45 pr. Enteign. G., der das Erlöschen aller Rechte verlange. Gegen das Fortbestehen einzelner Rechte spreche auch, daß sich bei der Enteignung des Grundstücks nicht von vornherein übersehen lasse, ob und inwieweit die auf dem Grundstück lastenden Rechte der Ausführung, dem Bau und Betrieb des Unternehmens hinderlich sein würden 183).

Gegen diese letztere Ansicht bestehen Bedenken. Steht die Ausführung eines Bauvorhabens in der Planung und Vorbereitung bereits bis in alle Einzelheiten fest, so dürfte durchaus erkennbar sein, welche an dem Grundstück bestellenden Rechte der künftigen Nutzung als Baugrundstück entgegenstehen werden.

Der Wortlaut des preußischen Enteignungsgesetzes allein kann aber die Ansicht Barbrocks nicht rechtfertigen, besonders wenn man berücksichtigt, daß im Bundesbaugesetz an der strengen Regelung des preußischen Enteignungsgesetzes nicht mehr festgehalten wurde 184) und daß die Anwendbarkeit des § 45 pr. Enteign. G. unter dem Einfluß höherrangiger Verfassungsnormen des Grundgesetzes eingeengt werden kann. Eine solche Einengung kommt dann infrage, wenn - was noch näher zu prüfen sein wird - der Wegfall der dinglichen Rechte seinem Inhalt nach eine Enteignung darstellt 185).

181) G. Meyer und Grünhut, zitiert bei Eger, Bd. I S. 400 Anm. 3.

182) Heinemann Ziff. 153.

183) Barbrock S. 84.

184) Vgl. § 97 Abs. 1 BBauG.

185) Vgl. hierzu unten S. 48 f. der Arbeit.

Das Bundesbaugesetz überläßt es - im Gegensatz zum preußischen Enteignungsgesetz - nicht dem Enteignungsbegünstigten, ob ein Recht bestehen bleiben soll, sondern es weist diese Entscheidung der Enteignungsbehörde zu. Sie kann im Enteignungsbeschluß aufnehmen, daß bestimmte dingliche oder auch persönliche Rechte, die zum Besitz oder zur Nutzung des Grundstücks berechtigten, aufrechterhalten werden, soweit das mit dem Enteignungszweck vereinbar ist. Ob ein Recht an dem zu enteignenden Grundstück fortbestehen oder erlöschen soll, hat die Enteignungsbehörde jeweils im Einzelfall zu prüfen und zu entscheiden.

Während beispielsweise ein Wegerecht an einem zur Bebauung mit Wohnhäusern enteigneten Grundstück möglicherweise aufrechterhalten werden kann, sofern es das Bauvorhaben nicht behindert, muß das gleiche Recht aufgehoben werden, wenn die Enteignung etwa zum Bau einer Schnellstraße erfolgt, da der Enteignungszweck bei Fortbestehen des Rechts nicht oder jedenfalls nur unter besonders großen Schwierigkeiten erreicht werden könnte. Ebenso wenig lassen sich Erbbau-rechte oder Vorkaufsrechte in der Enteignung aufrechterhalten, da sie in der Regel dem Enteignungszweck entgegenstehen werden.

bb) Der Bergschadenverzicht

Die Stellung des als Grunddienstbarkeit eingetragenen Bergschadenverzichtsrechts in der Enteignung ist ebenso wie die der übrigen nach § 97 BBauG. gesondert zu entschädigenden Rechte am Grundstück zu beurteilen.

Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 BBauG. hat demnach die Enteignungsbehörde die Möglichkeit zu entscheiden, ob der als Grunddienstbarkeit eingetragene Bergschadenverzicht aufrechterhalten werden soll oder nicht. Die Behörde kann die Grunddienstbarkeit aufrechterhalten, soweit dies mit dem Enteignungszweck vereinbar ist. Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, unter welchen Voraussetzungen der Bergschadenverzicht aufhebbar und inwieweit die Entscheidung, die das Erlöschen anordnet, gerichtlich nachprüfbar ist.

Wie bereits die vom Gesetzgeber in § 97 Abs. 1 BBauG. gewählte Formulierung "Rechte können aufrechterhalten werden" erkennen läßt, soll der Enteignungsbehörde bei ihrer Entscheidung über das Schicksal der Rechte am Grundstück ein Ermessensspielraum eingeräumt werden, innerhalb dessen ihr die freie, gerichtlich nicht auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüfbare Entscheidungsbefugnis zusteht.

Ein solcher echter Ermessensspielraum besteht jedenfalls, wenn die Enteignungsbehörde beschließt, daß ein Recht fortbestehen soll. Der Enteignungsbegünstigte

oder ein anderer durch den Fortbestand des Verzichts in seinem Recht betroffener dinglicher Berechtigter - etwa ein Grundpfandgläubiger, der wegen des eingetragenen Verzichts geringere Vollstreckungsaussichten hat - kann daher gegen den Beschluß der Behörde gerichtlich nicht mit der Begründung anfechten, die Entscheidung sei unzweckmäßig. Entsprechend der in §§ 114 VwGO, 163 Satz 1 BBauG. getroffenen Regelung bleibt ihm nur die Möglichkeit, sich auf das Vorliegen von Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitungen zu berufen.

Ordnet die Enteignungsbehörde dagegen das Erlöschen eines Rechts im Enteignungsbeschluß an, so besteht kein gerichtlich unüberprüfbarer Ermessensraum, wenn die Aufhebung des Rechts gegenüber dem Rechtsinhaber eine Enteignung darstellt; denn für Enteignungen gewährt Art. 14 GG dem Betroffenen in jedem Falle umfassenden Rechtsschutz, der sich auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Enteignungsvorganges und die Höhe der Entschädigung erstreckt¹⁸⁶⁾. Daß der Gesetzgeber des Bundesbaugesetzes bei Enteignungen tatsächlich umfassenden Rechtsschutz gewähren will, läßt sich aus § 163 BBauG. entnehmen, der in Satz 1 den Rechtsschutz für Ermessensentscheidungen einschränkt, in Satz 2 diese Einschränkung aber ausdrücklich für die Fälle aufhebt, in denen durch Verwaltungsakt über eine Geldleistung (als Enteignungsentschädigung) entschieden wird.

Das Erlöschen eines gesondert zu entschädigenden Rechts - und damit auch des Bergschadenverzichts - in einem gegen den Grundstückseigentümer gerichteten Enteignungsverfahren stellt gegenüber dem betroffenen Berechtigten eine Enteignung dar. Schon die in § 97 Abs. 2 und Abs. 3 BBauG. getroffene Entschädigungsregelung für Berechtigte, deren Rechte am Grundstück die Enteignungsbehörde nicht aufrechterhalten hat, deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber den Wegfall der in § 97 Abs. 3 BBauG. aufgezählten Rechte als Enteignungstatbestand gegenüber den Rechtsinhabern aufgefaßt und deshalb die in Art. 14 GG geforderte Entschädigungsregelung getroffen hat. Besonders deutlich zeigt aber die Abgrenzung nach der vom BGH entwickelten Rechtsprechung¹⁸⁷⁾, daß es sich tatsächlich um eine Enteignung handelt: Die Entscheidung der Enteignungsbehörde, ein unter die Entschädigungsregelung des § 97 Abs. 3 BBauG. fallendes Recht bei Enteignung des Grundstücks nicht aufrechtzuerhalten, stellt einen Eingriff in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition dar. Art. 14 GG schützt nicht nur das Eigentum selbst, sondern auch andere vermögenswerte Rechte¹⁸⁸⁾. Hierzu gehört auch der Schutz der Rechte an einem Grundstück.

186) Schütz-Frohberg § 163 Anm. 1.

187) Vgl. oben S. 43 ff. der Arbeit und die dort angegebene Literatur.

188) BGH, B.v. 9./10.6.1952, BGHZ 6, 270 ff. = NJW 52, 972 ff. (973).

Fällt ein Recht der in § 97 Abs. 3 BBauG. aufgezählten Art bei der Enteignung des Grundstücks weg, so wird dem Berechtigten ein Sonderopfer abverlangt, das ihn im Verhältnis zu anderen Rechtsinhabern in vergleichbarer Lage ungleich trifft, denn von anderen Rechtsinhabern an Grundstücken außerhalb des Enteignungsgebietes wird die Aufgabe ihrer Rechte nicht verlangt.

Da der Wegfall der in § 97 Abs. 3 BBauG. genannten Rechte - und damit auch des Bergschadenverzichts als Grunddienstbarkeit - eine Enteignung gegenüber den Rechtsinhabern darstellt, ist der Beschluß der Enteignungsbehörde, durch den sie das Erlöschen der Rechte anordnet, in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar. Ein nicht überprüfbarer Ermessensspielraum bleibt der Behörde nur, soweit sie die Rechte am Enteignungsgrundstück aufrechterhält.

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bergschadenverzicht rechtmäßig zum Erlöschen gebracht werden kann, finden sich in der Literatur nur vereinzelt Stellungnahmen und auch sie beziehen sich nicht auf die Enteignung nach dem Bundesbaugesetz.

So geht Wecks ¹⁸⁹⁾ davon aus, daß der Bergschadenverzicht im Enteignungsverfahren nach dem preußischen Enteignungsgesetz enteignet werden könne. Das gleiche Ergebnis wird im Kommentar von Dittus-Zinkahn für das Verfahren nach dem Baulandbeschaffungsgesetz vertreten mit der Begründung, ein mit einem Bergschadenverzicht belastetes Grundstück sei für den Bauwilligen durchweg ungeeignet, da es von den Kreditinstituten nicht beliehen werde, praktisch also unbebaubar sei ¹⁹⁰⁾.

Die von Wecks und Dittus-Zinkahn vertretene Auffassung ist abzulehnen.

Die Aufhebung des Bergschadenverzichts erfolgt nur dann rechtmäßig, wenn sämtliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Enteignung vorliegen. Hierzu gehört nach § 87 Abs. 1 BBauG. - dasselbe ergibt sich auch aus Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG -, daß das Wohl der Allgemeinheit die Enteignungsmaßnahme erfordert und der Enteignungszweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Die Enteignungsbehörde darf nur solche Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um den Enteignungszweck zu erreichen. Sie hat ihre Enteignungseingriffe auf ein Mindestmaß zu beschränken. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht. Ihn leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem im Grundgesetz verankerten Rechtsstaatsprinzip

189) Glückauf Bd. 79 S. 463 f.

190) Dittus-Zinkahn § 5

her und räumt ihm als einer ungeschriebenen Leitidee des Grundgesetzes Verfassungsrang ein 191). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, daß das angewandte Mittel und der gewollte Zweck stets in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen 192). Eine Enteignung des Bergschadenverzichts ist nicht im öffentlichen Interesse erforderlich. Das Allgemeinwohl erfordert den Wegfall des Rechts nur, wenn bei seinem Fortbestehen der Enteignungszweck nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten erreicht werden kann. Das trifft aber für die Bergschadensgrunddienstbarkeit nicht zu.

Da sie den Bergbautreibenden zu einer entschädigungslosen bergbaulichen Nutzung des Grundstücks berechtigt, dürfte sie zwar für den Enteignungsbegünstigten insofern unbequem sein, als er, der neue Eigentümer, bei Eintritt von Bergschäden keine Ersatzansprüche gegen den Bergbautreibenden geltend machen kann und sich deshalb einer erheblichen finanziellen Unsicherheit für die Zukunft ausgesetzt sieht. Richtig ist auch, daß die Beleihung des verzichtsbelasteten Grundstücks in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt, weil die Banken in der Regel Kredite nur gewähren, wenn der als Sicherheit einzutragenden Hypothek der Vorrang vor dem Bergschadenverzicht eingeräumt oder eine Schadloserklärung beigebracht wird, in der sich der Bergwerkseigentümer verpflichtet, den Grundpfandgläubiger für den Fall, daß dieser durch den Bergschadenverzicht einen Ausfall erleidet, so zu stellen, als ob kein Bergschadenverzicht bestünde. Alle diese Erwägungen sind jedoch rein finanzieller und deshalb fiskalischer Art. Solche fiskalischen Interessen können aber nach im Verwaltungsrecht allgemein anerkannten Grundsätzen das öffentliche Interesse an einem Enteignungseingriff nicht begründen 193).

Erfolgt die Enteignung zugunsten einer Gemeinde, so hat sie die Möglichkeit, die wegen des bestehenden Bergschadenverzichts bei der Beleihung des Grundstücks auftretenden Schwierigkeiten dadurch auszugleichen, daß sie den bauwilligen Grundstückseigentümern Darlehen gewährt. Aber auch wenn Enteignungsbegünstigter ein Unternehmen oder eine Privatperson ist, muß er die wegen des bestehenden Bergschadenverzichts erschwerten Finanzierungsmöglichkeiten in Kauf nehmen. Es geht nicht an, die mit der Durchführung eines Enteignungsverfahrens nun einmal verbundenen erheblichen Kosten durch weitere Enteignungseingriffe abzuwälzen, selbst wenn der Inanspruchgenommene für den Eingriff in sein Recht eine Geldentschädigung erhält. Diese Entschädigung in Geld müßte die Beträge umfassen, die der Bergbautreibende nach der voraussichtlichen Ent-

191) BVerfG. U.v. 1.7.1953, BVerfGE 2, 380.

192) BVerfG. U.v. 29.7.1959, BVerfGE 10, 89 ff. (103, 117).

193) Vgl. BGH B.v. 9./10.6.1952, BGHZ 6, 271 (282); Wolff, Verw.R. I, § 62 IV a; Forsthoff S. 298.

wicklung im Laufe der Zeit aufzuwenden hätte, um die Ansprüche der betroffenen Grundstückseigentümer zu befriedigen. Anhaltspunkte für diese künftige Entwicklung könnten sich dabei aus der Bodenbeschaffenheit, der Art und Intensität des Abbaues, aus der Art der Nutzung der Grundstücke und möglicherweise auch aus der bisher aufgetretenen Häufigkeit von Bergschäden ergeben. Die auf diese Weise ermittelte Höhe der künftig zu erwartenden Bergschadenszahlungen müßte kapitalisiert werden. Daß derartige Schätzungen beträchtliche Unsicherheitsfaktoren enthalten, liegt auf der Hand.

Der Sinn des Art. 14 GG erschöpft sich indessen nicht in einer Eigentumswertgarantie, sondern in Abs. 1 Satz 1 des Art. 14 wird darüber hinaus der Bestand des Eigentums gewährleistet¹⁹⁴⁾, in den nur unter den in Art. 14 Abs. 3 GG genannten Voraussetzungen eingegriffen werden darf. Der im Grundbuch eingetragene Bergschadenverzicht ist daher bei Enteignung des verzichtsbelasteten Grundstücks im Rahmen eines Enteignungsverfahrens nach dem Bundesbaugesetz stets aufrechtzuerhalten¹⁹⁵⁾.

Bei der Übernahme des Verzichtsrechts durch den Enteignungsbegünstigten können sich allerdings Schwierigkeiten rein tatsächlicher Art ergeben, wenn das belastete Grundstück nach der Enteignung in seinen früheren Grenzen nicht mehr fortbesteht, weil es in ein größeres enteignetes Gebiet einbezogen worden ist und dadurch seine Selbständigkeit verloren hat. Hier sieht § 97 Abs. 2 BBauG. die Möglichkeit vor, als Ersatz für den früheren Bergschadenverzicht ein neues Recht an einem anderen Grundstück des Enteignungsbegünstigten neu zu begründen. Dafür ist jedoch die Zustimmung des Bergbautreibenden als Rechtsinhaber erforderlich. Er wird sie in der Regel nur dann erteilen, wenn sich sein Abbaurecht auf das neu zu belastende Grundstück erstreckt und das Ersatzgrundstück durch Bergschäden ebenso stark gefährdet ist wie das frühere. Im übrigen hat die Enteignungsbehörde bei der Neuaufteilung und Parzellierung der Grundstücke weitgehend auf die Interessen der Inhaber fortbestehender Rechte Rücksicht zu nehmen.

Wird die Verzichtsgrunddienstbarkeit im Enteignungsverfahren rechtswidrig beeinträchtigt, so steht dem Bergbautreibenden als am Enteignungsverfahren Beteiligten¹⁹⁶⁾ ein selbständiges Klagerecht nach den §§ 157, 162 BBauG. zu. Über die Rechtmäßigkeit der Enteignungsmaßnahme entscheidet dann das örtlich zuständige Landgericht, Kammer für Baulandsachen.

194) BVerwG. U. v. 6. 10. 1960, BVerwGE 12, 1 (6).

195) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch Klein, S. 79. Allerdings will er es offenbar dem Ermessen der Behörde überlassen, ob das Recht des Bergbautreibenden aufrechterhalten bleibt.

196) § 107 Abs. 1 Ziff. 2 BBauG.

Aus der Verpflichtung der Enteignungsbehörde, eingetragene Bergschadenverzichtrechte im Enteignungsverfahren aufrechtzuerhalten, ergibt sich die Möglichkeit für die Bergbautreibenden, sich trotz der Aufhebung des Eigentums an ihren Grundstücken dennoch für die Zukunft gegen Inanspruchnahmen bei Auftreten von Bergschäden wirksam zu sichern, indem sie vor Beginn des Enteignungsverfahrens ihr eigenes Grundstück mit einem dinglichen Bergschadenverzicht belasten.

Die ältere Lehre lehnte zwar die Eintragung einer Eigentümergrunddienstbarkeit als unzulässig ab. Sie stützte sich dabei insbesondere auf den römisch-rechtlichen Satz "nulli res sua servit" und ging dabei davon aus, zur Begründung eines Rechts bedürfe es einer Einigung, die aber niemand mit sich selbst schließen könne. Diese Ansicht läßt sich jedoch angesichts der vom Gesetz für die Eigentümergrundschuld in § 1196 BGB und für die Konsolidation in § 889 BGB vertretenen gegenteiligen Ansicht nicht halten. Nach heute herrschender Ansicht ist daher die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit am eigenen Grundstück des Bergbautreibenden genügt die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt 198).

cc) Die nach dem Bundesbaugesetz nicht gesondert zu entschädigenden Rechte

Bezüglich der Grundpfandrechte, für die nach § 97 BBauG. keine besondere Entschädigung festzusetzen ist, gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für die gesondert zu entschädigenden Rechte. Sie erlöschen, wenn sie nicht ausdrücklich durch Entscheidung der Enteignungsbehörde nach § 97 Abs. 1 BBauG. aufrechterhalten werden. Die Enteignungsbehörde kann entscheiden, daß die Rechte nicht fortbestehen, indem sie sie entweder im Enteignungsbeschluß 199) nicht aufführt oder ausdrücklich bestimmt, welche Rechte aufgehoben werden sollen.

Unter welchen Voraussetzungen Grundpfandrechte zum Erlöschen gebracht werden können, richtet sich danach, ob es sich bei der Aufhebung gegenüber dem Realgläubiger um eine Enteignung handelt.

197) Vgl. RGZ 142, 234; Westermann § 122 III 3; Dittus, NJW 54, 1825 ff. (1827); Staudinger-Ring, Vorbem. 3 vor § 1018; Palandt-Hoche, Einf. vor § 1018 Anm. 2 b.

198) Vgl. RGZ 142, 234.

199) § 112 BBauG.

Dittus vertritt - jedenfalls für das Enteignungsverfahren nach dem Baulandbeschaffungsgesetz - die Auffassung, der Wegfall von Grundpfandrechten bei Enteignung des Grundstücks stelle gegenüber den Gläubigern keine Enteignung dar ²⁰⁰⁾. Er geht davon aus, ebenso wie die Grundpfandgläubiger die Versteigerung des Grundstücks durch einen Gläubiger und damit den Verlust ihres Rechts zu dulden hätten, müßten sie auch mit dem Erlöschen ihrer Rechte durch Enteignung des Grundstücks rechnen. Wie das Grundpfandrecht sich bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks nur am Versteigerungserlös fortsetze, könne es sich in der Enteignung nur an der Entschädigung des Grundstückseigentümers für den Verlust seines Eigentums fortsetzen. Wenn die Entschädigungssumme das Grundpfandrecht nicht decke, so habe sich auf diese Weise nur gezeigt, daß es wegen seiner schlechten Rangstellung von vornherein wirtschaftlich wertlos gewesen sei.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar beruht die Zwangsversteigerung als Vollstreckungsmaßnahme ebenso wie die Enteignung auf einem hoheitlichen Tätigwerden des Staates. Während der Staat aber bei der Zwangsversteigerung in die Rechte des einzelnen zum Zwecke der Befriedigung von Ansprüchen eines Gläubigers eingreift ²⁰¹⁾, nimmt er bei der Durchführung der Enteignung hoheitliche Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahr. Zwangsversteigerung und Enteignung sind bereits aus diesem Grund nicht vergleichbar. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß dem Grundpfandrecht zwar stets die Möglichkeit innewohnt, in ein Zwangsversteigerungsverfahren einbezogen zu werden und auf diese Weise zu erlöschen; dagegen trägt es nicht von vornherein die Schranke in sich, in einem Enteignungsverfahren aufgehoben zu werden. Die Möglichkeit des Erlöschens im Enteignungsverfahren gehört nicht von vornherein zur Sozialpflichtigkeit eines Grundpfandrechts. Durch die Aufhebung des Rechts wird dem Grundpfandgläubiger ein Sonderopfer auferlegt, das ihn im Verhältnis zu anderen an Grundstücken in vergleichbarer Lage dinglich Berechtigten ungleich trifft. In der rechtlichen Einordnung besteht kein Unterschied, ob der im Rahmen des Enteignungsverfahrens erfolgte hoheitliche Eingriff sich gegen ein Recht der in § 97 Abs. 3 BBauG. genannten Art oder gegen ein Grundpfandrecht richtet. In beiden Fällen handelt es sich nach der Abgrenzung des BGH ²⁰²⁾ um einen Enteignungseingriff.

Die Enteignung des Grundpfandrechts ist in der Regel rechtmäßig und daher zulässig. Vielfach erfordert das öffentliche Interesse den Wegfall der Grundpfandrechte. Würde dem Enteignungsbegünstigten ein mit Grundpfandrechten belaste-

200) Dittus, MDR 57, 1.

201) Stein-Jonas, Bem. I vor § 704.

202) Vgl. BGH, B.v. 9./10. 6. 1952, BGHZ 6, 270 ff.

tes Grundstück zugewiesen, so bestünde die Gefahr, daß ein Gläubiger später die Zwangsversteigerung betreibt und das Grundstück dem Enteignungsbegünstigten auf diese Weise wieder aus der Hand gerät. Hierdurch könnte der Enteignungszweck vereitelt werden 203).

Die Entschädigung für den Wegfall von Grundpfandrechten regelt das Bundesbaugesetz anders als bei Aufhebung der in § 97 Abs. 3 genannten Rechte.

Es sieht für die erloschenen Grundpfandrechte keine selbständig festzusetzende Entschädigung vor. § 97 Abs. 3 BBauG. enthält eine erschöpfende Aufzählung aller Berechtigten, die gesondert zu entschädigen sind 204). Für alle Rechte, die nicht in Abs. 3 aufgeführt sind, gilt die in § 97 Abs. 4 BBauG. getroffene Regelung. Die Inhaber dieser Rechte werden auf die an den enteigneten Grundstückseigentümer als Ersatz für den Verlust des Eigentums zu zahlende Enteignungsentschädigung verwiesen.

Kommt zwischen dem enteigneten Grundstückseigentümer und den Inhabern von Rechten, die Ansprüche auf Befriedigung aus der an den Grundstückseigentümer zu zahlenden Entschädigungssumme haben, keine Einigung über die Höhe des Anteils der Berechtigten zustande, so sieht das Bundesbaugesetz die Hinterlegung der gesamten Entschädigungssumme bei dem zuständigen Amtsgericht unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme vor 205). Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk das von der Enteignung betroffene Grundstück liegt 206). In einem anschließenden Verteilungsverfahren 207), das - wie sich schon aus der Verweisung auf § 2 ZVG in den §§ 118 Abs. 1 S. 3 und 119 Abs. 2 S. 2 BBauG. ergibt - dem Verteilungsverfahren in der Zwangsversteigerung nachgebildet ist, entscheidet das Amtsgericht, in welcher Höhe den einzelnen Berechtigten Anteile an der Entschädigungssumme des enteigneten Grundstückseigentümers zustehen.

Die im Bundesbaugesetz für die Grundpfandgläubiger getroffene Entschädigungsregelung findet sich in ähnlicher Form bereits im preußischen Enteignungsgesetz von 1874 208), das bei der Enteignung von Grundstücken in § 45 Abs. 1 von

203) Vgl. Schütz-Frohberg § 97 Anm. 2.

204) Schütz-Frohberg § 97 Anm. 6.

205) § 118 Abs. 1 S. 1 BBauG.

206) § 118 Abs. 1 S. 2 BBauG.

207) § 119 BBauG.

208) Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 (GS S. 221).

einem grundsätzlichen Erlöschen aller auf dem Grundstück lastenden privatrechtlichen Verpflichtungen ausgeht. Die für den Verlust des Eigentums zu zahlende Entschädigung tritt dabei an die Stelle des enteigneten Grundstücks. Alle Inhaber dinglicher Rechte werden mit ihren Ansprüchen auf die an den Eigentümer zu zahlende Entschädigung verwiesen. Zum Schutze der Gläubiger bestimmt § 48 lediglich, daß der Eigentümer über die Entschädigungssumme nur mit Einwilligung der Realberechtigten verfügen darf - eine Regelung, die kaum einen wirksamen wirtschaftlichen Schutz der Gläubiger bewirkt, wenn der Eigentümer ohne ihr Wissen und ihre Einwilligung bereits verfügt hat.

Ähnliche Regelungen wie in § 45 pr. Enteign. G. finden sich in einer Reihe nach dem Zweiten Weltkrieg erlassener Gesetze, die Ermächtigungen zur Enteignung von Grundstücken enthalten ²⁰⁹⁾. Allerdings beschränken sie sich ebenso wie das Bundesbaugesetz darauf, die Grundpfandgläubiger auf die an den Eigentümer zu zahlende Entschädigung zu verweisen. Für die Inhaber anderer Rechte an den enteigneten Grundstücken sehen sie gesonderte Entschädigungen vor.

Angesichts der aufgezeigten Unterschiede bei Erlöschen der in § 97 Abs. 3 BBauG. genannten Rechte und der Aufhebung von Grundpfandrechten erhebt sich die Frage, ob die im Bundesbaugesetz für den Verlust von Grundpfandrechten getroffene Entschädigungsregelung mit der verfassungsmäßigen Ordnung in Einklang steht.

In Betracht kommen kann ein Verstoß gegen Art. 3 und Art. 14 GG.

Der in Art. 3 GG verankerte Gleichheitsgrundsatz wäre verletzt, wenn der Gesetzgeber des Bundesbaugesetzes es versäumt hätte, tatsächliche Gleichheiten oder Ungleichheiten der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, daß sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen ²¹⁰⁾. Der Gesetzgeber darf weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandeln ²¹¹⁾.

Das Bundesbaugesetz knüpft in Abs. 3 und 4 des § 97 an ungleiche Sachverhalte an und regelt sie unterschiedlich. Ein sachgerechter Grund für die unterschied-

209) Vgl. § 13 Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. 8. 1953 (BGBl I S. 720); § 72 Flurbereinigungsgesetz vom 14. 6. 1953 (BGBl I S. 591); § 20 Abs. 3 S. 1 Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung (Landbeschaffungsgesetz) vom 23. 2. 1957 (BGBl I S. 134).

210) Vgl. BVerfG. U. v. 30. 4. 52, BVerfGE 1, 264; U. v. 17. 12. 53, BVerfGE 3, 58; B. v. 1. 7. 54, BVerfGE 4, 1 (7); B. v. 17. 3. 59, BVerfGE 9, 201, 206.

211) Vgl. BVerwG U. v. 21. 11. 58, BVerwGE 7, 325.

liche Behandlung der Grundpfandgläubiger gegenüber den Inhabern anderer Rechte an Grundstücken ergibt sich aus der Beschaffenheit ihrer Rechte. Während die in § 97 Abs. 3 BBauG. genannten Rechte den Inhabern gestatten, das Grundstück in einer bestimmten Art und Weise zu nutzen oder zu benutzen oder dem Eigentümer bestimmte Beschränkungen zugunsten der Berechtigten auferlegen, verschafft das Grundpfandrecht lediglich eine Sicherungswirkung und beteiligt seinen Inhaber bei der Zwangsversteigerung an dem Versteigerungserlös.

Die gleichen Rechte am "Erlös", der Enteignungsentschädigung, räumt das Bundesbaugesetz dem Grundpfandgläubiger aber auch bei Erlöschen seines Rechts im Enteignungsverfahren ein, so daß die unterschiedliche Behandlung der Rechte in § 97 Abs. 3 und Abs. 4 BBauG. nicht als willkürlich angesehen werden kann. Ein Verstoß gegen Art. 3 GG liegt daher nicht vor.

Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit könnten sich aus dem Grundrecht des Art. 14 GG ergeben, wenn das Bundesbaugesetz mit der Aufhebung von Grundpfandrechten im Enteignungsverfahren eine Enteignung gestattet, ohne zugleich dem betroffenen Rechtsinhaber die Leistung einer nach Art und Ausmaß bestimmten, angemessenen Entschädigung zu gewährleisten ²¹²⁾, oder ohne ihm genügenden Rechtsschutz zu gewähren ²¹³⁾.

Nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG ist eine Enteignung nur zulässig, wenn das zur Enteignung ermächtigende Gesetz zugleich eine Entschädigungsregelung für den Verlust des Rechts vorsieht. Diese verfassungsmäßige Junktimsklausel soll jedem Bürger, in dessen Rechtskreis der Staat hoheitlich durch Enteignung eingreift, eine angemessene Entschädigung in Geld für den erlittenen Eingriff gewährleisten ²¹⁴⁾.

Diesen Erfordernissen der Verfassung würde das Bundesbaugesetz nicht entsprechen, wenn es eine Enteignung von Grundpfandrechten ohne die Gewähr zuließe, daß die Rechtsinhaber eine dem Wert ihrer Rechte entsprechende Entschädigung erhalten. Allein das Verweisen auf die für den Eigentümer festgesetzte Entschädigungssumme gewährleistet einen hinreichenden Schutz der Realgläubiger vor entschädigungslosen Eingriffen noch nicht, da der Eigentümer die Zugriffsmöglichkeit zur Entschädigungssumme hat und sie dem Gläubiger entziehen kann. Hiervor schützt den Gläubiger auch eine Bestimmung wie § 48 pr. Enteign. G. nicht, wonach die von dem Eigentümer getroffene Verfügung über die Entschä-

212) Art. 14 Abs. 3 S. 2 und 3 GG.

213) Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG.

214) Forsthoff S. 303.

digungssumme gegenüber den Realgläubigern relative Unwirksamkeit zur Folge hat.

Erst die im Bundesbaugesetz vorgesehene Hinterlegung der Entschädigungssumme ²¹⁵⁾ bietet dem Gläubiger eine Gewähr, in den Genuß der Entschädigung für den Verlust seines Grundpfandrechts zu kommen. Der Wortlaut des § 118 Abs. 1 Satz 1 BBauG. "Geldentschädigungen sind unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen" deutet darauf hin, daß es sich bei der Hinterlegungsanordnung um eine zwingende Vorschrift handeln soll. Im Hinblick auf Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG muß sie jedenfalls als zwingend aufgefaßt werden. Nur so sind die Rechte der Realgläubiger auf Gewährung einer angemessenen Enteignungsentschädigung gewahrt. Da die Bestimmung des § 118 BBauG. eine der Verfassung entsprechende Auslegung zuläßt, liegt ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG nicht vor.

Zu prüfen bleibt, ob das Bundesbaugesetz dem Realgläubiger, dessen Recht im Enteignungsverfahren aufgehoben wird, einen den Erfordernissen des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG genügenden Rechtsschutz gewährt. Das Bundesbaugesetz schreibt in § 119 für Streitigkeiten über die Verteilung der hinterlegten Entschädigungssumme den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten, nämlich dem örtlich zuständigen Amtsgericht ²¹⁶⁾, vor. Das Problem, ob der Gesetzgeber mit der in §§ 118, 119 BBauG. getroffenen Hinterlegungsanordnung den Realgläubigern hinreichenden Rechtsschutz gewährt, tritt auf, wenn die hinterlegte Entschädigungssumme nicht zur Befriedigung aller Realgläubiger ausreicht.

Genügt die Summe nicht, so kann das auf zwei Ursachen zurückzuführen sein: Entweder hat die Enteignungsbehörde die hinterlegte Entschädigungssumme zu gering bemessen oder das Grundstück war bereits übermäßig belastet.

Fällt ein Gläubiger, der ein Grundpfandrecht mit ungünstigem Rang an einem überbelasteten Grundstück hat, bei der Verteilung der Enteignungsentschädigung mit seinem Recht aus, so zeigt sich - insoweit ist Dittus ²¹⁷⁾ zuzustimmen - nur konkret, daß sein Recht wirtschaftlich wertlos war.

Demgegenüber wendet Schalburg ²¹⁸⁾ zu Unrecht ein, zu einem anderen, günstigeren Zeitpunkt hätte eine Zwangsversteigerung möglicherweise einen so

215) Vgl. §§ 118, 119 BBauG.

216) § 118 Abs. 1 S. 2 BBauG.

217) Dittus, MDR 57, 1.

218) Schalburg, § 20 Anm. 4.

hohen Erlös erbracht, daß das Recht des Gläubigers nicht ausgefallen wäre. Schalburg verkennt, daß in der Enteignung der Wert eines Rechts im Zeitpunkt des Erlöschens entschädigt wird. Zwar darf dabei grundsätzlich die voraussichtliche Entwicklung aus der Wertermittlung nicht ausgeschlossen werden; die völlig ungewisse und unbestimmbare Möglichkeit, daß bei einer Zwangsversteigerung in einem späteren Zeitpunkt vielleicht ein höherer Erlös erzielt worden wäre, bleibt jedoch bei der Festsetzung der Enteignungsentschädigung außer Betracht 219).

Fällt dagegen ein Grundpfandgläubiger mit seinem Recht bei der Verteilung der Enteignungsentschädigung aus, weil die hinterlegte Entschädigung zu niedrig bemessen ist, so bietet das Verfahren vor dem Amtsgericht nach §§ 118, 119 BBauG. den beteiligten Grundpfandgläubigern nur einen unvollkommenen Rechtsschutz, da jeder Gläubiger auf diesem Wege nur seine Rechte gegenüber den übrigen Gläubigern und gegenüber dem Grundstückseigentümer geltend machen kann, aber in dem Verteilungsverfahren keine Möglichkeit hat, sich gegen die Höhe der gezahlten Enteignungsentschädigung zu wenden.

Brügelmann-Pohl und Dittus-Zinkahn 220) sehen den Anspruch der nicht gesondert entschädigungsberechtigten Nebenberechtigten gegen den Eigentümer und andere Nebenberechtigte als einen aus der Enteignung folgenden privatrechtlichen Anspruch auf Ersatz des Wertes ihres Rechts aus der Geldentschädigung an. Mit diesem privatrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch genießt der nicht gesondert entschädigte Nebenberechtigte, obwohl er enteignet worden ist, keinen den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG genügenden Rechtsschutz. Der Enteignungsbegünstigte könnte durch Hinterlegung der Entschädigungssumme dem Nebenberechtigten jede Möglichkeit nehmen, sich gerichtlich gegen die Gesamthöhe der festgesetzten Enteignungsentschädigung zu wenden. Durch eine solche Regelung, die als Folge der von Dittus vertretenen Meinung zu verstehen ist, nach der die Aufhebung von Grundpfandrechten im Enteignungsverfahren keine Enteignung darstellt, würde der Rechtsschutz der enteigneten Grundpfandgläubiger in verfassungswidriger Weise beschnitten.

Frohberg 221) erkennt dagegen grundsätzlich einen öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch für den Grundpfandgläubiger an und geht davon aus, man werde dem Nebenberechtigten "in besonderen Fällen einen persönlichen Anspruch gegen den Enteignungsbegünstigten auf Zahlung des nicht aus der Geldentschädi-

219) Vgl. Brügelmann § 141 Anm. 4 a cc und 4 b.

220) Brügelmann-Pohl, § 97 Anm. 1 und Anm. 5; Dittus-Zinkahn, § 13 Bem. 1.

221) Schütz-Frohberg § 97 Anm. 9.

gung gedeckten Betrages zuerkennen müssen". Allerdings gibt Froberg keine Erklärung über die Rechtsnatur des Anspruchs. Ebenso wenig nimmt er Stellung zu der Frage, aus welcher gesetzlichen Bestimmung der Anspruch hergeleitet werden soll.

Ein selbständiges Klagerecht der Nebenberechtigten läßt sich mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung nur aus ihrer Eigenschaft als Beteiligte am Enteignungsverfahren aus §§ 162 Abs. 1, 107 Abs. 1 Ziff. 2 BBauG. herleiten. Allerdings fehlt es an einer Norm im Bundesbaugesetz, die ihnen einen materiellen Anspruch auf Leistung einer höheren Entschädigung an sich selbst gibt. Entsprechend der in § 97 Abs. 4 BBauG. getroffenen Regelung, die die Grundpfandgläubiger auf die Entschädigung des Grundeigentümers verweist, können die Nebenberechtigten daher nur auf Leistung einer höheren Entschädigung an den Grundeigentümer klagen mit dem Antrag, die zu zahlende Summe zu hinterlegen. Ein Anspruch auf Leistung an sich selbst, wie ihn anscheinend Froberg 222) zubilligen will, könnte sich nur aus unmittelbarer Anwendung des Art. 14 GG ergeben. Bei einer verfassungskonformen Auslegung des Bundesbaugesetzes bleibt für eine direkte Anwendung des Art. 14 GG als Grundlage für einen materiellen Leistungsanspruch jedoch kein Raum, weil das Bundesbaugesetz bereits eine ausreichende, den einzelnen in seinen Rechten umfassend schützende Regelung trifft.

Da die im Bundesbaugesetz für den Wegfall von Grundpfandrechten im Rahmen des Enteignungsverfahrens getroffene Entschädigungsregelung sich verfassungskonform auslegen läßt, ist sie in vollem Umfang rechtsgültig.

3. Die Umlegung

a) Voraussetzungen und Ziel des Umlegungsverfahrens nach dem Bundesbaugesetz

Die städtebauliche Umlegung ist das wohl bedeutendste Mittel zu einer umfassenden Neuordnung unserer Städte. Sie gewinnt heute besondere Bedeutung in den Randgebieten der Städte, in denen dicht besiedelte Großstadträume sich immer mehr in bisher landwirtschaftlich genutzte Flächen ausdehnen und zu einem erhöhten Bedarf an Bauland und Erschließungsflächen führen. Aufgabe der Umlegung ist es, die Grundstücke eines bestimmten Gebietes ohne Rücksicht auf die bisherige Lage, Form oder Nutzung zu einer Gesamtheit, der Umlegungsmasse, zusammenzufassen und nach der im Umlegungsplan festgelegten Neuordnung in Flächen des Gemeinbedarfs und Privatgrundbesitzes neu aufzuteilen. Hierdurch sollen ins-

222) Schütz-Frohberg § 97 Anm. 9.

besondere bisher unerschlossene oder unbebaubare Grundstücke der baulichen Nutzung zugeführt werden. Gleichzeitig soll die Umlegung die Lasten gerecht verteilen, die sich für die Eigentümer bei dem notwendigen Ausscheiden der für öffentliche Zwecke erforderlichen Flächen - etwa zur Anlegung von Straßen oder Grünanlagen in einem Erschließungsgebiet - ergeben.

Die im Bundesbaugesetz geregelte städtebauliche Umlegung fußt im wesentlichen auf der nach ihrem geistigen Urheber, dem seinerzeitigen Frankfurter Oberbürgermeister Dr. Adickes benannten "lex Adickes" ²²³⁾ und der sogenannten Neuordnungsverordnung aus dem Jahre 1940 ²²⁴⁾. Diese verwies ²²⁵⁾ wiederum auf die für ländliche Bodenordnungsmaßnahmen geschaffene Reichsumlegungsordnung vom 16. 6. 1937 ²²⁶⁾. Das bis dahin in der Handhabung noch recht schwerfällige Umlegungsverfahren wurde in den nach dem Zweiten Weltkrieg von den einzelnen Ländern erlassenen Aufbaugesetzen ²²⁷⁾ erheblich vereinfacht. Schließlich regelte das Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 ²²⁸⁾ die Umlegung für das gesamte Bundesgebiet einheitlich und führte weitere Vereinigungen und Verbesserungen in seiner praktischen Anwendung durch.

Das Umlegungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz wird von der Gemeindevertretung angeordnet und von der Gemeinde als Selbstverwaltungsaufgabe in eigener Verantwortung durchgeführt. Umlegungsstelle im Sinne des Gesetzes ist entweder die Gemeinde selbst oder der nach Landesrecht zu bildende Umlegungsausschuß ²²⁹⁾. Die Umlegungsstelle leitet das Verfahren durch einen Umlegungsbeschluß ein ²³⁰⁾, der eine Verfügungs- und Veränderungssperre ²³¹⁾, die Eintragung des Umlegungsvermerks in die Grundbücher der betroffenen

223) Gesetz, betreffend die Umlegung von Grundstücken in Frankfurt am Main vom 28. Juli 1902 und 8. Juli 1907 (GS 1902 S. 273 ff., 1907 S. 259 ff.).

224) Verordnung über die Neuordnungsmaßnahmen zur Beseitigung von Kriegsfolgen vom 2. 12. 1940 (RGBl. I S. 1575).

225) Vgl. § 7 NOVO.

226) RGBl I, S. 629.

227) Vgl. für Nordrhein-Westfalen das Gesetz über Maßnahmen zum Aufbau in den Gemeinden (Aufbaugesetz) vom 29. April 1950 (GVNW S. 78) bezüglich der Aufbaugesetze in den übrigen Ländern vgl. die Übersicht bei Dittus-Zinkahn, Einl. Anm. 3 cc.

228) BGBI I, S. 341.

229) § 46 BBauG.

230) § 47 BBauG.

231) § 51 BBauG.

Grundstücke ²³²⁾ und das Entstehen des gesetzlichen Vorkaufsrechts ²³³⁾ der Gemeinde auslöst. Der alte Bestand und die am Verfahren Beteiligten werden in einer Bestandskarte und einem Bestandsverzeichnis nachgewiesen ²³⁴⁾. Dann folgt das Verhandeln mit den Beteiligten und das Festlegung des Umlegungsergebnisses in einem Umlegungsplan ²³⁵⁾, der aus der Umlegungskarte und dem Umlegungsverzeichnis besteht. Vor Festsetzung des Umlegungsplanes kann der Verfahrensweg noch in eine freiwillige Umlegung geändert werden ²³⁶⁾. Beide Wege vereinigen sich bei Eintritt der Unanfechtbarkeit des Umlegungsplanes ²³⁷⁾. Sie bewirkt, daß die neuen Grundstücke und Rechte an die Stelle der alten treten, ohne daß diese kraft Hoheitsakt eintretenden Rechtsänderungen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung im Grundbuch bedürfen. Zum Abschluß werden dann die Folgearbeiten ausgeführt, nämlich das Berichtigen von Grundbuch und Liegenschaftskataster ²³⁸⁾, die Vollziehung des Umlegungsplanes ²³⁹⁾ und seine finanzielle Abwicklung.

Ähnlich wie beim Enteignungsverfahren ergeben sich auch in der Umlegung vielfach Berührungspunkte zum Bergbau, die auf das Bestreben der Bergbautreibenden zurückzuführen sind, ihr Eigentum an Grundstücken aufrechtzuerhalten oder Boden hinzuzuerwerben, um eine Bebauung und damit die erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Bergschäden zu verhindern. Auf der anderen Seite besteht ein öffentliches Interesse daran, auch die Bergbaugebiete, die bevölkerungspolitisch zu den sich nach den Rändern hin immer stärker ausdehnenden und in die ländlichen Räume hineinwachsenden Ballungszentren gehören, durch städtebauliche Planung und Lenkung einer geordneten Entwicklung zuzuführen.

b) Der rechtliche Charakter der Umlegung

Die Rechtsnatur der Umlegung ist in Schrifttum und Rechtsprechung noch immer umstritten, wenn auch die Auseinandersetzung an Schärfe verloren hat, seit das Bundesbaugesetz die Zweigleisigkeit des Rechtswegs - für die Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, für die Umlegung dagegen Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs - aufhob und die Kammern

232) § 54 BBauG.

233) § 24 BBauG.

234) § 53 BBauG.

235) § 66 BBauG.

236) § 76 BBauG.

237) § 71 BBauG.

238) § 74 BBauG.

239) § 72 BBauG.

für Baulandsachen bei den Landgerichten in beiden Fällen für zuständig erklärte.

In der Literatur wird vereinzelt die Ansicht vertreten, bei der Beurteilung der Rechtsnatur sei zwischen ländlicher Umlegung, wie sie etwa im Flurbereinigungsverfahren nach dem Flurbereinigungsgesetz vom 14. Juli 1953 ²⁴⁰⁾ angewandt wird, und der städtebaulichen Umlegung zu unterscheiden ²⁴¹⁾. Beide Verfahren seien in ihrem Zweck und der Interessenlage verschieden. Während die ländliche Umlegung auf eine Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Grundstücke abziele, diene die Baulandumlegung der Erschließung oder zweckmäßigen Neugestaltung von Gelände ²⁴²⁾.

Hierin liegt indessen kein echter Gegensatz, da auch die Baulandumlegung letztlich doch stets zu einer Erhöhung der Wirtschaftlichkeit führt.

Selbst wenn man aber von einer unterschiedlichen Zweckrichtung ausgeht, so läßt das doch keine Schluß auf eine verschiedenartige Rechtsnatur beider Umlegungsarten zu. Die ländliche Flurbereinigung dient ebenso wie die städtische Baulandumlegung dem Wohl der Allgemeinheit, deren Interesse sich sowohl auf eine höhere Ertragsfähigkeit der landwirtschaftlichen Nutzflächen durch bessere Bewirtschaftung als auch auf die Erschließung und zweckmäßige Neugestaltung von bebauungsfähigem Gelände richtet. Eine Unterscheidung zwischen ländlicher Umlegung und der städtischen Baulandumlegung auf Grund der Zweck- und Interessenrichtung ist daher nicht haltbar ²⁴³⁾. Die Umlegung ist ein einheitliches Instrument zur Bodenordnung, das nur zu unterschiedlichen Zwecken des Allgemeinwohls eingesetzt wird.

Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung bestimmt die Rechtsnatur der Umlegung vom Enteignungsbegriff her. Allerdings läßt sich dabei eine Abgrenzung nach der Art der den Umlegungsbeteiligten zu gewährenden Abfindung, entweder in Geld oder in Land, heute nicht mehr vornehmen. Die Gegenüberstellung, die Umlegung sei dadurch gekennzeichnet, daß Landverlust durch Land ausgeglichen werde und die Enteignung dadurch, daß der Betroffene für Landabzüge Geld erhalte, trifft weitgehend nicht mehr zu, weil auch in den Enteignungsgesetzen ²⁴⁴⁾ häufig eine Abfindung in Land vorgesehen ist ²⁴⁵⁾.

240) BGBl I S. 591.

241) Schröder, S. 24 f.; Bertram, DÖV 57, 135.

242) Schröder, S. 26; vgl. § 17 AufbG NW.

243) BVerwG, U. v. 1912. 57, BVerwGE 6, 79 = BBauBl 58, 203.

244) Vgl. § 16 Baul. Besch. G.; § 22 LandbeschG.; § 46 Abs. 6 S. 2 AufbG NW.

245) Pathe, DVBl 54, 76, 77; Bertram, DÖV 57, 135 (137); BGH, U. v. 3.3. 1958, BGHZ 27, 15 = NJW 58, 747.

Eine weitere in der Literatur und Rechtsprechung vertretene Meinung stellt die zwangsweise Umlegung stets als Enteignung dar ²⁴⁶⁾. Zur Begründung führt die-
se Ansicht an, die Umlegung komme einer Entziehung des Grundeigentums
gleich ²⁴⁷⁾. Mit der Vollzugserklärung des Umlegungsplanes verliere das Grund-
stück seine bisherigen Grenzen und bestehe als solches nicht mehr. Das neue, oft
an anderer Stelle gelegene Grundstück sei rechtlich und tatsächlich etwas ande-
res. Die Entschädigung in Land erhalte der Eigentümer auf Grund eines privat-
rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes, der das private Eigentumsrecht an dem
neu vermessenen Grundstück begründe. Da der von der Umlegung betroffene
Grundeigentümer in jedem Falle sein bisheriges Grundstück verliere, handele es
sich bei der zwangsweisen Umlegung immer um eine Enteignung. Die Zuweisung
eines neuen Grundstücks stelle nur einen gesetzlich besonders geregelten Fall der
Entschädigungsleistung in Land dar ²⁴⁸⁾.

Abweichend hiervon vertritt Huber ²⁴⁹⁾ die Auffassung, die Umlegung sei ih-
rem Wesen nach grundsätzlich keine Enteignung, aber ein enteignungsähnlicher
Eingriff, auf den Art. 14 Abs. 3 GG analog angewandt werden müsse. Ebenso
will Wolff, der die Umlegung grundsätzlich nicht als Enteignung ansieht, Art. 14
Abs. 3 GG analog anwenden ²⁵⁰⁾.

Auch die in der Rechtsprechung weitaus überwiegende Ansicht sieht die Umle-
gung grundsätzlich nicht als Enteignung an. Sie stützt sich jedoch auf die von
Lurz ²⁵¹⁾ und Seehusen ²⁵²⁾ zur Flurbereinigung entwickelte Surrogations-
theorie, die inzwischen auch vom BGH und dem Bundesverwaltungsgericht aner-
kannt worden ist ²⁵³⁾. Danach liegt dem Umlegungsverfahren die Idee der
ungebrochenen Fortsetzung des Eigentums an einem "verwandelten" Grundstück
zugrunde, weil bei einer vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem

246) Siegl, DVBl 56, 285; Bertram, DÖV 57, 135; Friese, NJW 56, 613;
Schwamberger, DÖV 54, 396 und DÖV 56, 233; Clasen, NJW 58, 1169;
Weinheimer Gutachten S. 41; Bay. VerfGH, Entsch. v. 24.9.1952,
VGHE (NF) Bd. 5 Teil II S. 235; Weitz S. 111.

247) Siegl, DVBl 56, 285.

248) Siegl, DVBl 56, 285; Bertram, DÖV 57, 136; Jellinek, Verw.R. S. 408,
anders S. 413, wo er die Flurbereinigung, die der Umlegung stark ähnelt,
nicht als Enteignung ansieht.

249) Huber Bd. II, S. 47.

250) Wolff, Verw.R. I, § 62 VIII c.

251) Lurz, NJW 55, 1780.

252) Seehusen, RdL 1954 S. 205 (207).

253) BGH U. v. 12.10.1959, BGHZ 23, 30 = NJW 60, 143; BVerwG U. v. 6.10.
1960, BBauBl 61, 497.

Eigentümer von den aus seinem Eigentum fließenden Einzelrechten und -befugnissen nichts genommen wird, was ihn in seiner Eigentümerstellung beeinträchtigt. Um eine Enteignung handelt es sich, wie der BGH ausführt, weiter deshalb nicht, weil die in dem Umlegungsvorgang liegende Eigentumsbeschränkung zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums gehört, die alle Rechtsinhaber, welche sich in derselben Lage befinden, in gleicher Weise trifft 254).

Das Bundesverwaltungsgericht sieht den grundlegenden Unterschied zwischen Umlegung und Enteignung in der Verschiedenartigkeit der Interessenlage. Die Enteignung sei dadurch gekennzeichnet, daß sie einem dem Betroffenen gegenüber selbständigen, fremden Interesse diene. Das sei bei der Umlegung nicht der Fall. Sie berücksichtige zwar auch die Interessen der Allgemeinheit, diene aber in gleicher Weise durch die günstigere Neuaufteilung der Grundstücke den Belangen der beteiligten Grundeigentümer. Es fehle daher der die echte Enteignung kennzeichnende Interessengegensatz 255). Das trifft nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts auch dann zu, wenn in Einzelfällen statt der gleichwertigen Landzuteilung eine Geldabfindung gewährt wird, oder mit der Neuordnung Landabzüge für Gemeingebrauchszwecke verbunden sind, weil es sich um Teile eines einheitlichen Umlegungsverfahrens handelt und die geplanten öffentlichen Anlagen zugleich den Interessen der Betroffenen dienen. Das Bundesverwaltungsgericht kommt daher zu dem Ergebnis, daß sich derartige Landabzüge im Rahmen der die Umlegung kennzeichnenden Interessenrichtung halten und deshalb keine Enteignung darstellen 256).

Der BGH hat sich unter ausdrücklicher Beibehaltung seiner modifizierten Einzelaktslehre grundsätzlich der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts angeschlossen 257). Die Abgrenzungen beider Gerichte ergänzen sich und greifen ineinander über. Sie führen im wesentlichen auch zu gleichen Ergebnissen, da das vom BGH zur Abgrenzung des Enteignungsbegriffs gebrauchte Merkmal des Sonderopfers begrifflich stets einen Interessengegensatz zwischen Staat und dem einzelnen voraussetzt und sich daher der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Abgrenzung einfügt.

254) BGH U. v. 12.10.1959, BGHZ 23, 30 = NJW 60, 143.

255) BVerwG. B. v. 9.11.1954, BVerwGE 1, 227 f.; vgl. auch v. Mangoldt-Klein Art. 14 VI 7; Wolff, Verw. R. I, § 62 VIII c.

256) BVerwG. B. v. 9.11.1954, BVerwGE 1, 227 f.; B. v. 8.1.1955, NJW 55, 1001, Nr. 25; B. v. 6.8.1955, BBaubl 55, 580; B. v. 20.2.1956, BVerwGE 3, 157.

257) BGH U. v. 3.3.1958, BGHZ 27, 15 = BBaubl 58, 383 = NJW 58, 747.

Die vom Bundesverwaltungsgericht und vom Bundesgerichtshof vertretene Ansicht, die Umlegung sei grundsätzlich keine Enteignung, zu einer solchen werde sie erst, wenn mit ihr überwiegend eigentumsfeindliche Maßnahmen verfolgt würden, ist im Schrifttum vielfach auf Kritik gestoßen. Da beide Gerichte immer wieder Entscheidungen zu treffen hatten, in denen sich im einzelnen Fall Umlegungsmaßnahmen als Enteignungen erwiesen, glaubte man Einschränkungen und eine Aufweichung des von beiden Gerichten aufgestellten Grundsatzes zu erkennen ²⁵⁸⁾, so etwa in dem Urteil vom 21. 6. 1955 ²⁵⁹⁾, wo das Bundesverwaltungsgericht ausführt, nur wenn der Grundsatz der wertgleichen Landabfindung vollständig durchgeführt werde, stelle die Umlegung keine Enteignung dar, oder in dem Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Februar 1956 ²⁶⁰⁾, wonach Landabzüge, die in einem Umlegungsverfahren zugunsten überörtlicher Interessen - zum Bau einer Autobahn - gemacht werden, sich als Enteignung im Sinne des Art. 14 GG darstellen. Ähnlich lautet auch die Entscheidung des BGH vom 3. März 1958 ²⁶¹⁾, wonach die Abfindung eines Grundstückseigentümers in einem Umlegungsverfahren mit Geld statt mit Grund und Boden den Tatbestand einer Enteignung jedenfalls dann erfüllt, wenn der Betroffene auf Ausgleich in Land besteht.

Tatsächlich ändern die angeführten Entscheidungen an dem vom BGH und vom Bundesverwaltungsgericht erkannten Grundsatz, daß die Umlegung ihrem Wesen nach keine Enteignung sei, nichts. Beide Gerichte lösen nur besondere Tatbestände heraus, die ihrem Wesen nach nicht zu Umlegung gehören, sondern nach ihrem rechtlichen Charakter Enteignungsmaßnahmen darstellen.

Lediglich das OVG Münster, das im übrigen in der Abgrenzung zwischen Umlegung und Enteignung dem Bundesverwaltungsgericht folgt ²⁶²⁾, kommt zu dem Ergebnis, die Frage, ob die Umlegung eine Enteignung darstelle, lasse sich weder einheitlich bejahen noch einheitlich verneinen ²⁶³⁾.

Die Ansicht, die Umlegung stelle ihrem Wesen nach keine Enteignung dar, ist den stärksten Angriffen ausgesetzt, soweit sie sich auf die Surrogationstheorie stützt. Ihre Gegner gehen davon aus, daß die Surrogationslehre mit dem Wesen des Grundeigentums als eines Sachenrechts nicht vereinbar sei. Jedes dingliche

258) Schröder S. 51; Bertram, DÖV 57, 135 (137).

259) BVerwGE 2, 154 = NJW 55, 1809.

260) BVerwGE 3, 156.

261) BGHZ 27, 15 (24) = NJW 58, 747.

262) OVG Münster, Bescheid v. 23.1.1957, DÖV 57, 667.

263) OVG Münster, B. v. 22.4.1959, NJW 59, 2034.

Recht habe stets eine unlösliche Verbindung zu einer bestimmten Sache, deren Untergang zugleich auch zum Erlöschen des Rechts führen müsse. Es sei nicht möglich, das Recht als solches zu erhalten und auf einen anderen Gegenstand "umzupflanzen". Das Recht und die ihm zugeordnete Sache könnten nur gemeinsam übertragen werden. Nie bliebe das Recht allein bei dem bisherigen Rechtsinhaber in der Weise bestehen, daß lediglich statt des bisherigen Rechtsobjekts ein anderes untergeschoben werde (264).

Diese Kritik ist jedoch nicht zutreffend. Zwar kann das Eigentumsrecht zivilrechtlich nicht losgelöst von der Sache, auf die es sich bezieht, durch Rechtsgeschäft übertragen werden. Bei der Umlegung wird aber keine rechtsgeschäftliche Übertragung vorgenommen, sondern das Eigentum geht kraft staatlichen Hoheitsakts über. Das Surrogationsprinzip findet sich im übrigen mehrfach auch im Zivilrecht ausgeprägt (265).

Gegen die vom Bundesverwaltungsgericht und dem BGH getroffene Unterscheidung zwischen Umlegung und Enteignung nach Interessengegensätzen wird weiter eingewandt, sie führe zu keinem brauchbaren Ergebnis. Die Beurteilung, ob eine Maßnahme im Interesse des einzelnen liege, müsse man schon diesem selbst überlassen (266). Letztlich spreche jeder verwaltungsgerichtliche Rechtsstreit dafür, daß der einzelne Grundeigentümer die Umlegung als Beeinträchtigung seiner Interessen empfinde (267).

Auch diese Bedenken sind nicht begründet, denn ob eine Umlegungsmaßnahme dem Interesse des betroffenen Grundstückseigentümers entspricht oder nicht, ist allein nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen (268). Sie liegt im Interesse des Betroffenen, wenn bei vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise dem Eigentümer von den aus dem Eigentum fließenden Einzelrechten und -befugnissen im Rahmen der Umlegung nichts genommen wird, was ihn in seiner Eigentümerstellung beeinträchtigt (269). Daher kann es entgegen der vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 19. 12. 1957 (270) vertretenen Auffassung nicht darauf ankommen, ob der einzelne mit der Umlegungsmaßnah-

264) Siegl, DVBl 56, 286.

265) Vgl. §§ 1247, 1473, 1646, 2041 BGB, 92 ZVG.

266) Siegl, DVBl 56, 285 ff., 287.

267) Weitz, S. 109.

268) BGH, U. v. 12. 10. 1959, BGHZ 31, 49 ff. = NJW 60, 143.

269) BGH, U. v. 3. 3. 58, BGHZ 27, 15 (24) = NJW 58, 747.

270) BVerwGE 6, 79.

me einverstanden ist oder ob er sich gegen sie wehrt 271). Das Bundesverwaltungsgericht nimmt an, es bestehe kein Anlaß, den Eigentümer vor Maßnahmen, mit denen er einverstanden sei, zu schützen, solange die Verfügungsbefugnis vorhanden und gewährleistet sei. In solchen Fällen habe es der Eigentümer stets selbst in der Hand, sich den Vorteil der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie dadurch zu verschaffen, daß er seine Zustimmung zu der Maßnahme verweigere und so den Hoheitsträger zwingt, die Maßnahme als Enteignung und damit im Rahmen des Art. 14 GG durchzuführen.

Es erscheint jedoch nicht verständlich, warum eine im Rahmen des Umlegungsverfahrens getroffene Enteignungsmaßnahme ihren Enteignungscharakter einbüßen soll, wenn sich der Betroffene nicht dagegen wehrt. Umlegungsmaßnahmen, die ihrer Natur nach Enteignungen sind, verlieren diese Eigenschaft nicht deswegen, weil ihre Rechtmäßigkeit von dem Betroffenen nicht in einem gerichtlichen Verfahren bestritten wird 272).

Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zieht die Folge nach sich, daß den Schutz des Art. 14 GG nur derjenige genießt, der sich vor Gericht auf das Grundrecht beruft. Der Hoheitsträger hat die Grundrechte des einzelnen Bürgers aber von sich aus zu beachten. Sie binden die Verwaltung nach Art. 1 Abs. 3 GG als unmittelbar geltendes Recht, das die Verwaltung als vollziehende Gewalt nach dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatlichkeitsgrundsatz zu beachten hat. Eine Behörde handelt rechtswidrig, wenn sie sich darauf verläßt, daß der Bürger sich schon wehren werde, sobald er eine Inanspruchnahme als Grundrechtsverletzung empfindet. Die Entscheidung, ob eine Inanspruchnahme im Rahmen eines Umlegungsverfahrens als Enteignung anzusehen ist, kann demnach niemals davon abhängen, ob sich der Betroffene in einem Verwaltungsstreitverfahren gegen sie wehrt.

Eine Umlegungsmaßnahme verliert ihren Enteignungscharakter nur dann, wenn der Betroffene durch positives Handeln zu erkennen gibt, daß er sich auf den Grundrechtsschutz nicht berufen will, etwa indem er in einem frühen Stadium des Umlegungsverfahrens - noch vor Festsetzung des Umlegungsplanes - sein Grundstück rechtsgeschäftlich an den Enteignungsbegünstigten veräußert. Diese Art der Veräußerung im Wege der sog. freiwilligen Umlegung 273) nach § 76 BBauG. stellt keine Enteignung dar. Es fehlt ihr am Merkmal des hoheitlichen Eingriffs in das Eigentum.

271) Wolff, VerwR I, § 62 VIII c.

272) OVG Münster, B. v. 22.4.1959, DÖV 60, 312 (313) = NJW 59, 2034; vgl. auch Bertram, DÖV 58, 736.

273) Brügmann-Stahnke, Einf. IV Anm. 3 vor § 45.

c) Die Zulässigkeit von Enteignungsmaßnahmen im Umlegungsverfahren

Für alle Fälle, in denen gegenüber einem betroffenen Grundstückseigentümer ein Enteignungseingriff vorliegt, erhebt sich weiter die Frage nach der Rechtmäßigkeit dieses Eingriffs. Rechtmäßig kann er nur sein, wenn Enteignungen im Rahmen des Umlegungsverfahrens nach den §§ 45 ff. BBauG. überhaupt zulässig sind.

In Literatur und Rechtsprechung werden zur Zulässigkeit von Enteignungsmaßnahmen im Umlegungsverfahren stark voneinander abweichende Meinungen vertreten.

Bertram ²⁷⁴⁾ fordert eine strenge Trennung zwischen Umlegung und Enteignung. Er ist der Ansicht, sämtliche Enteignungstatbestände müßten aus dem Umlegungsverfahren herausgelöst werden, da sie keinesfalls rechtssystematisch zur Umlegung gehörten. Auf dem Wege über die Umlegung könne das Eigentum keinen Eingriffen unterworfen werden, gegen die es durch Art. 14 GG geschützt sei. Die Baulandumlegung bedürfe daher in jedem Falle der Prüfung, ob nicht unter dem Deckmantel der Umlegung andere Tatbestände verwirklicht werden, die den Wesensgehalt des Eigentums antasten.

Demgegenüber geht das OVG Münster ²⁷⁵⁾ davon aus, daß die Umlegung zwar ihrem Zweck nach keine Enteignung sei, aber einzelne Maßnahmen zu ihrer Durchführung zulässige Enteignungsmaßnahmen sein können; Umlegung und Enteignung seien keine Gegensätze, die sich ausschließen.

Für die von Bertram geforderte strenge Trennung von Umlegung und Enteignung spricht die für beide Verfahren im Bundesbaugesetz unterschiedlich getroffene Zuständigkeitsregelung. Während das Umlegungsverfahren von der Gemeinde in eigener Verantwortung ²⁷⁶⁾ durchgeführt wird, bleibt die Zuständigkeit für das Enteignungsverfahren der höheren Verwaltungsbehörde vorbehalten.

Eine Übertragung auf die untere Verwaltungsbehörde schließt § 147 Abs. 2 S. 1 BBauG. ausdrücklich aus, wohl um Interessenkollisionen zu vermeiden, da die unteren Verwaltungsbehörden - insbesondere bei kreisfreien Städten - vielfach selbst Enteignungsbegünstigte sind ²⁷⁷⁾.

274) Bertram, DÖV 57, 135 ff.; 137, 138.

275) OVG Münster, B. v. 22.4.1959, NJW 59, 2034 f.

276) § 46 Abs. 1 BBauG.

277) Brügelmann-Kopp, Einf. V vor § 85, Anm. C II 1.

Andererseits darf nicht verkannt werden, daß sich eine völlige Trennung zwischen Umlegung und Enteignung praktisch überhaupt nicht durchführen läßt, ohne das Instrument der Umlegung in seiner Anwendbarkeit lahmzulegen. Der Gesetzgeber bemühte sich zwar im Entwurf zum Bundesbaugesetz zunächst darum, beide Verfahren scharf voneinander zu trennen. Enteignungstatbestände sollten bewußt aus dem Umlegungsverfahren ferngehalten werden. Dabei dürften psychologische Gründe mitgesprochen haben, weil die Enteignung als eigentumsfeindliche Maßnahme keinen guten Ruf genießt 278). Die untrennbare Verschmelzung zwischen Umlegung und Enteignung hat ihre Ursache in der für jeden einzelnen an dem Umlegungsverfahren beteiligten Rechtsinhaber unterschiedlichen Interessenlage. Diese Unterschiede würden die Umlegungsbehörde zwingen, das gesamte Umlegungsgebiet in zahlreiche kleinere Einheiten aufzuspalten, einzelne Teile aus dem Umlegungsverfahren auszuklammern und die Einleitung getrennter Enteignungsverfahren zu beantragen. Eine großzügige Planung und ihre Verwirklichung im Rahmen der Umlegung wären so nahezu unmöglich.

Auch das von Bertram 279) angeführte Argument, die Durchführung von Enteignungsmaßnahmen im Umlegungsverfahren taste den Wesensgehalt des nach Art. 14 GG geschützten Eigentumsrechts an, geht fehl. Art. 14 GG gestattet Eingriffe in das Eigentum am Grundstück auf Grund von Gesetzen, die Art und Maß der Entschädigung vorsehen, die dem betroffenen Rechtsinhaber als Ausgleich für den hoheitlichen Eingriff in sein Recht gewährt werden soll. Eine Junktimklausel, die diesen Anforderungen des Art. 14 GG gerecht wird, ist in den Bestimmungen des Bundesbaugesetzes über das Umlegungsverfahren 280) aber enthalten.

Auf der anderen Seite bedarf die knappe Feststellung des OVG Münster 281), Enteignungsmaßnahmen seien im Umlegungsverfahren zulässig, noch einer klaren Abgrenzung bezüglich der Voraussetzungen und des Umfangs der zulässigen Maßnahmen.

Daß die Möglichkeit, Enteignungen im Umlegungsverfahren vorzunehmen, begrenzt werden muß, ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, der Ausfluß des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatslichkeitsprinzips ist 282). Er legt dem Hoheitsträger die Verpflichtung auf, dem von seinem Handeln betroffenen Bürger klar mitzuteilen, nach welchen

278) Brügelmann-Stahnke, Einf. IV Anm. 4 vor § 45.

279) Bertram, DÖV 57, 135.

280) § 59 Abs. 2 und Abs. 3 BBauG.

281) B. v. 22. 4. 1959, NJW 59, 2034.

282) BVerwG. U. v. 6. 10. 1960, BBauBl 61, 497.

gesetzlichen Vorschriften er ihn in Anspruch nimmt. Die Behörde verstößt gegen rechtsstaatliche Grundsätze, wenn sie unter dem "Deckmantel der Umlegung" 283) ein Enteignungsverfahren durchführt und auf diese Weise die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde an sich zieht. Enteignen darf die Umlegungsbehörde nur, soweit ihr das Bundesbaugesetz ausdrücklich eine Ermächtigungsgrundlage hierfür gibt, wie das etwa in § 59 Abs. 2 und Abs. 3 BBauG. für den Fall vorgesehen ist, daß einem am Umlegungsverfahren Beteiligten kein bebauungsfähiges Grundstück in oder außerhalb des Umlegungsgebietes zugewiesen werden kann. Andere als die ausdrücklich in dem Abschnitt über Umlegung im Bundesbaugesetz vorgesehenen Enteignungsmaßnahmen darf die Umlegungsbehörde nicht vornehmen. Aber auch soweit sie zur Enteignung im Umlegungsverfahren gesetzlich ermächtigt ist, darf sie Enteignungsmaßnahmen nur in dem Umfang anwenden, in dem der Umlegungszweck es erfordert.

Das Bundesverwaltungsgericht 284) geht zutreffend davon aus, daß für die Behörde kein freies Wahlrecht besteht, ob sie ein Umlegungs- oder Enteignungsverfahren durchführen will. Anderer Auffassung ist allerdings der BGH, nach dessen Ansicht es der Behörde überlassen bleibt, welches Verfahren sie zur Erreichung ihrer Ziele anwendet; ob sie sich zur Bewältigung ihrer gesetzlichen Aufgaben der Umlegung oder Enteignung "mehr oder weniger zufällig" bediene, könne von Zweckmäßigkeitserwägungen abhängen 285). Der BGH erkennt dabei, daß die Behörde nach dem das gesamte Verwaltungsrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels stets das Verfahren zu wählen hat, das die Rechte des einzelnen am wenigsten beeinträchtigt. Das ist aber das Umlegungsverfahren 286), schon weil der Betroffene einen Anspruch auf wertgleiche und nicht nur auf eine angemessene Abfindung hat, während die Enteignungsentschädigung nur den Substanzverlust abgilt 287). Bindet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Behörde bei der Entscheidung, ob sie ein Umlegungs- oder ein Enteignungsverfahren zur Erreichung ihrer städtebaulichen Ziele einleitet, so muß der gleiche Grundsatz auch innerhalb des Umlegungsverfahrens selbst für die Entscheidung der Umlegungsbehörde gelten, ob sie eine weniger in die Rechte des Betroffenen eingreifende Umlegungsmaßnahme trifft oder aber den Rechtsinhaber enteignet. Ebenso fordert die in Art. 14 GG dem einzelnen gewährleistete Eigentumsgarantie, daß eine Enteignung so lange unterbleibt, als der

283) Bertram, DÖV 57, 135 ff., 138.

284) BVerwG. U. v. 6.10.1960, BBaubl 61, 497.

285) BGH, U. v. 12.10.1959, BGHZ 31, 49 (55) = DVBl 60, 101.

286) a. A. Schwamberger, DÖV 54, 396, der die Umlegung für das einschneidendere Mittel hält.

287) BVerwG. U. v. 6.8.1959, BVerwGE 10, 3 (5).

Zweck, dem sie dienen soll, noch auf andere, weniger schwer in die Rechte des einzelnen eingreifende Weise erreicht werden kann. Die Umlegungsbehörde trifft daher die bindende Verpflichtung, eine Enteignung im Umlegungsverfahren nicht auszusprechen, wenn noch irgendeine andere Möglichkeit besteht, den Umlegungszweck mit reinen Umlegungsmaßnahmen zu erreichen. Die Enteignung ist im Umlegungsverfahren ultima ratio²⁸⁸⁾. Ob die Behörde bei Vornahme des Enteignungseingriffs diese Verpflichtung erfüllt hat, ist gerichtlich in vollem Umfang nachprüfbar.

d) Die dinglichen Rechte in der Umlegung

Das Bundesbaugesetz sieht in § 61 eine Reihe von Möglichkeiten bezüglich des Schicksals der Rechte an einem in das Umlegungsverfahren einbezogenen Grundstück vor: Die Rechte können in ihrer bisherigen Form an demselben Grundstück aufrechterhalten, aber auch geändert, aufgehoben oder neu begründet werden.

Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit es sich bei den angeführten Maßnahmen um Enteignungen im Rahmen des Umlegungsverfahrens handelt, ob und in welchem Umfang ihre Anwendung zulässig ist und ob die gesetzliche Entschädigungsregelung mit höherrangigen Verfassungsnormen im Einklang steht.

Soweit ein Recht in seiner bisherigen Gestalt an demselben Grundstück aufrechterhalten bleibt, liegt keine Enteignung vor. Es fehlt bereits an dem Merkmal eines hoheitlichen Eingriffs in ein vermögenswertes Recht. Selbst wenn man aber allein schon in der Einbeziehung eines Rechts in das Umlegungsverfahren mit ihren vorübergehenden Nachteilen, wie etwa der Verfügungs- und Veränderungssperre des § 51 Abs. 1 Ziff. 1 BBauG, einen hoheitlichen Eingriff erblickt ohne Rücksicht darauf, ob das Recht erhalten bleibt, abgeändert oder aufgehoben wird, so fehlt es doch am Merkmal des Sonderopfers, da der Eingriff sich im Rahmen der Sozialpflichtigkeit hält. Alle Inhaber von Rechten an Grundstücken innerhalb eines noch nicht vollständig zur Bebauung erschlossenen Gebietes sind mit der gleichen Pflichtigkeit belastet.

Im Gegensatz zu der im Enteignungsverfahren geltenden Regelung braucht die Behörde in der Umlegung nicht ausdrücklich zu entscheiden, welche Rechte an Grundstücken aufrechterhalten werden sollen. Soweit sie keine ausdrückliche Entscheidung trifft, greift der Surrogationsgedanke des § 63 Abs. 1 BBauG durch. Das Recht setzt sich an dem neuen Grundstück fort, das dem Eigentümer in der Umlegung zugewiesen wird.

288) BVerwG. U. v. 26.3.1955, BVerwGE 2, 36 ff. (38).

Eine andere Beurteilung ergibt sich, wenn das ursprüngliche Recht aufgehoben und für den Verlust im Umlegungsplan eine Geldentschädigung nach § 61 Abs. 2 BBauG festgesetzt wird. Hier liegt nach der Abgrenzung des BGH gegenüber den betroffenen Berechtigten in der Regel ein hoheitlicher Eingriff vor, der sie im Verhältnis zu anderen Rechtsinhabern in vergleichbarer Lage ungleich trifft und ihnen ein besonderes Opfer auferlegt²⁸⁹⁾. Der Wegfall des Rechts gegen Geldabfindung entspricht - im allgemeinen jedenfalls - nicht dem objektiven Interesse des betroffenen Rechtsinhabers, so daß ein echter Interessengegensatz in dem vom Bundesverwaltungsgericht zur Abgrenzung von Umlegung und Enteignung geforderten Sinn²⁹⁰⁾ vorliegt, der den Eingriff in das Recht als Enteignung kennzeichnet.

Wird dagegen das Recht an einem Grundstück aufgehoben und dem Rechtsinhaber im Umlegungsverfahren ein neues Recht an einem anderen Grundstück zugewiesen, so ist die Entscheidung, ob eine Enteignung vorliegt, jeweils nur unter Berücksichtigung der Interessenlage im Einzelfall möglich. Dabei kommt es besonders auf die Art des betroffenen Rechts an.

aa) Die nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigenden Rechte

So wird beispielsweise bei Wegfall eines Wegerechts an einem Grundstück das Interesse des Rechtsinhabers gewahrt, wenn er ein Wegerecht an einem anderen Grundstück zugewiesen erhält, das ihm einen gleichwertigen oder besseren Zugang zu seinem eigenen Grundstück schafft. Die Umlegungsbehörde greift hier zwar in den Rechtskreis des einzelnen ein. Der Eingriff liegt jedoch im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums. Jeder Inhaber eines Wegerechts an einem in vergleichbarer Lage in einem Baugebiet gelegenen Grundstück muß sich eine solche Beeinträchtigung, die eine objektiv günstigere oder gleichwertige Gestaltung seines Rechts zur Folge hat, gefallen lassen. Ein Eingriff, der bei objektiver Betrachtungsweise zu einer Besserstellung des Rechtsinhabers führt, entspricht nicht allein dem öffentlichen Interesse, sondern zugleich dem Interesse des Betroffenen. Aus dem Eingriff im Rahmen der Sozialgebundenheit wird erst dann eine entschädigungspflichtige Enteignung, wenn das neue Recht den Betroffenen schlechter stellt, etwa weil es völlig unbrauchbar für ihn ist oder ihm nur eine erschwerte Nutzung seines Grundstücks ermöglicht. Er kann in diesem Fall Entschädigung in Geld oder, falls weitere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Enteignung fehlen, Zuweisung eines für ihn nutzbaren Rechts verlangen.

289) Vgl. BGH, B. v. 9./10.6.1952, BGHZ 6, 270 (280) = NJW 52, 972 (973).
 290) BVerwG, B. v. 9.11.54, BVerwGE 1, 225.

Zulässig ist die Enteignung eines Rechts - entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, das in § 61 BBauG. an keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen anknüpft - nur, wenn die besonderen Anforderungen, die bei einer Enteignung zu stellen sind, vorliegen. Hierzu gehört ebenso wie bei der Enteignung von Grundstücken, daß sich das städtebauliche Ziel mit reinen Umlegungsmaßnahmen, die zugleich im Interesse des einzelnen und der Allgemeinheit liegen, nicht erreichen läßt, daß die beabsichtigte Enteignungsmaßnahme die ultima ratio darstellt 291) und daß sie in der den Rechtskreis des Betroffenen am wenigsten beeinträchtigen- den Weise durchgeführt wird 292).

bb) Der Bergschadenverzicht

Der als Grunddienstbarkeit eingetragene Bergschadenverzicht gehört zu den nach §§ 61 Abs. 1 und 2, 97 Abs. 3 BBauG. gesondert zu entschädigenden Rechten.

Bezüglich des eingetragenen Bergschadenverzichts ergeben sich im Umlegungsverfahren keine Besonderheiten, soweit die Behörde das Recht im Umlegungsplan aus am früheren Grundstück fortbestehend aufnimmt. Trifft sie über das eingetragene Bergschadenverzichtsrecht keine Entscheidung, so greift wie bei den übrigen Rechten das Surrogationsprinzip des § 63 Abs. 1 BBauG. durch: Die Grunddienstbarkeit setzt sich an dem Grundstück fort, das dem Eigentümer neu zugewiesen wird.

Schwierigkeiten zeigen sich erst dann, wenn dem Grundstückseigentümer, dessen Grundstück mit einem Bergschadenverzicht belastet ist, ein neues Grundstück in einem Gebiet zugewiesen wird, auf das sich das Bergwerkseigentum des Bergbautreibenden nicht erstreckt, oder wenn der Eigentümer anstelle seines in die Umlegungsmasse eingeworfenen Grundstücks nur eine Abfindung in Geld erhält. Die Bestellung eines neuen Bergschadenverzichts an einem Grundstück außerhalb seines Abbaugebietes ist für den Bergbautreibenden wertlos. Bei objektiver Betrachtungsweise widerspricht sie ebenso wie die Aufhebung des Bergschadenverzichts gegen Geldabfindung seinem Interesse. Beide Fälle enthalten daher begrifflich Enteignungen. Eine Enteignung des eingetragenen Bergschadenverzichts ist aber in der Umlegung ebensowenig zulässig wie im Enteignungsverfahren 293), da das öffentliche Interesse den Wegfall des Rechts nicht erfordert und stets die Möglichkeit gegeben ist, das Recht aufrechtzuerhalten. Die Grunddienstbarkeit kann selbst dann mit übernommen werden, wenn das belastete Grundstück in seinen bisherigen Grenzen nicht fortbesteht. Dem Bergbautreibenden ist in die-

291) BVerwG, U. v. 26.3.1955, BVerwGE 2, 36 ff. (38).

292) Vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 69 ff. der Arbeit.

293) Vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 49 ff. der Arbeit.

sem Falle ein neues Bergschadenverzichtsrecht an einem anderen Grundstück zuweisen. Dieses neue Grundstück muß innerhalb des Abbaubereiches des Bergwerkseigentümers liegen. Außerdem muß es in seiner Größe wenigstens ungefähr dem früheren Grundstück entsprechen und infolge der Abbautätigkeit etwa in gleicher Weise wie das frühere Grundstück gefährdet sein. Ein solcher Fall wird jedoch nicht häufig vorkommen.

Im Gegensatz zum Enteignungsverfahren, wo die Neubestellung eines Rechts für den dinglichen Berechtigten an dessen Zustimmung geknüpft wird, § 97 Abs. 2 BBauG, braucht das Einverständnis des Betroffenen im Umlegungsverfahren nicht vorzuliegen. Erforderlich ist nur, daß die Abfindung mit dem neuen Recht objektiv in seinem Interesse liegt. Das ist bei der Neubegründung eines Bergschadenverzichts gegeben, wenn das neue Grundstück den oben genannten Anforderungen (gleiche Größe wie das frühere Grundstück bei etwa gleich hoher Bergschadensgefahr) entspricht.

cc) Die nach dem Bundesbaugesetz nicht gesondert zu entschädigenden Rechte

Bleibt das eingetragene Bergschadenverzichtsrecht an dem früheren Grundstück bestehen, so erhalten wegen der zeitlichen Rangfolgeordnung des § 879 BGB alle dem Bergschadenverzicht rangmäßig nachstehenden Realgläubiger keine Pfandrechte an Bergschadensforderungen. Insoweit tritt durch die Umlegung keine Änderung der Rechtslage ein.

Wird dagegen der eingetragene Bergschadenverzicht aufgehoben und an einem anderen Grundstück neu begründet, so verbessert sich die Stellung der Grundpfandgläubiger, soweit ihre Rechte aufrechterhalten geblieben sind und sie nicht einem obligatorischen Bergschadenverzicht des Grundstückseigentümers zugestimmt haben. Ihnen haften bei künftig auftretenden Bergschäden die Bergschadensansprüche des Grundstückseigentümers wieder. Sie erhalten an den Forderungen gesetzliche Pfandrechte (294).

Diese Verbesserung ihrer Rechtsstellung kann den Grundpfandgläubigern aber nur zugutekommen, soweit ihre Rechte nach Durchführung der Umlegung fortbestehen. Darüber, unter welchen materiellen Voraussetzungen sie aufgehoben werden können, enthält das Bundesbaugesetz keinerlei Vorschriften (295). Entscheidend muß daher sein, ob es sich bei dem Erlöschen eines Grundpfandrechts in der Umlegung um eine Enteignung gegenüber den Realgläubigern handelt.

294) Art. 67, 52, 53 EGBGB, § 1128 BGB.

295) Brügelmann-Stahnke § 63 Anm. 6.

Folgt man der von Dittus vertretenen Ansicht 296), nach der der Wegfall von Grundpfandrechten bei Enteignung des Grundstücks gegenüber den Gläubigern keine Enteignung darstellt, so ist die Aufhebung von Grundpfandrechten im Umlegungsverfahren ohne jede besondere Zulässigkeitsvoraussetzung möglich. Zwar nimmt Dittus nur zur Stellung der Grundpfandrechte im Enteignungsverfahren nach dem Baulandbeschaffungsgesetz Stellung; seine Auffassung läßt sich aber ohne Schwierigkeit auch auf die Umlegung nach dem Bundesbaugesetz übertragen, da die Aufhebung des Grundstückseigentums gegen Geldabfindung auch in der Umlegung ihrem Inhalt nach eine Enteignung ist 297).

Die von Dittus vertretene Meinung ist jedoch für die Umlegung ebenso wie für das Enteignungsverfahren abzulehnen. Daß sich der Wegfall von Grundpfandrechten auch in der Umlegung als Enteignungsmaßnahme darstellt, zeigt die nach der Interessenlage vorgenommene Abgrenzung des Bundesverwaltungsgerichts deutlich 298). Das Erlöschen des Grundpfandrechts entspricht - in der Regel jedenfalls - nicht dem nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilenden Interesse des Gläubigers. Ihm wird als Grundpfandgläubiger ein Sonderopfer auferlegt, das ihn im Verhältnis zu anderen Rechtsinhabern in vergleichbarer Lage ungleich trifft.

Die Enteignung des Grundpfandrechts ist im allgemeinen rechtmäßig und daher zulässig; denn vielfach erfordert das öffentliche Interesse den Wegfall der Grundpfandrechte an Grundstücken, die für den Gemeingebrauch, etwa für Versorgungsanlagen, Straßen, Plätze oder Grünanlagen ausgeschieden werden, da den Gläubigern mit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein Mittel gegeben wäre, dem neuen Eigentümer das Grundstück wieder aus der Hand zu spielen und damit das Ziel der Umlegung zu vereiteln 299). Die Rechtslage ist im Umlegungsverfahren insoweit die gleiche wie in der Enteignung nach dem Bundesbaugesetz.

Während die Inhaber persönlicher Rechte, die zum Erwerb, zum Besitz oder zur Nutzung eines Grundstücks berechtigen, im Falle der Beeinträchtigung nach § 61 Abs. 1 und 2 BBauG durch gesonderte Geldabfindung zu befriedigen sind, werden die Grundpfandgläubiger wie im Enteignungsverfahren auf den Geldanspruch des Eigentümers verwiesen 300).

296) Dittus, MDR 57, 1; vgl. auch die Ausführungen oben S. 53 der Arbeit.

297) Vgl. BGH, U. v. 3.3.1958, BGHZ 27, 15 = NJW 58, 747.

298) BVerwG, B. v. 9.11.1954, BVerwGE 1, 227; B. v. 6.8.1955, BBAubl 55, 580; B. v. 20.2.1956, BVerwGE 3, 157.

299) Schütz-Frohberg § 97 Anm. 2; vgl. auch S. 53 der Arbeit.

300) §§ 61 Abs. 2 S. 2, 97 Abs. 4 BBauG.

Erhält der Eigentümer in der Umlegung ein neues Grundstück und zusätzlich eine Entschädigung in Geld, weil das frühere Grundstück einen höheren Wert hatte, so verweist § 63 Abs. 2 BBauG. die Grundpfandgläubiger als Ausgleich für die geringere Haftungsgrundlage, die ihnen das neue Grundstück bietet, ebenfalls auf den Geldanspruch des Eigentümers.

4. Die Grenzregelung

Als weitere Bodenordnungsmaßnahme sieht das Bundesbaugesetz außer der Enteignung und Umlegung noch die Grenzregelung vor. Sie dient dem Ziel, die Grenzverhältnisse benachbarter Grundstücke zu verbessern, eine bessere Nutzungsmöglichkeit zu schaffen oder bauwidrige Zustände zu beseitigen. Die Grenzregelung ist dem Umlegungsverfahren nachgebildet, aber in den formellen Voraussetzungen einfacher gestaltet, da im allgemeinen nur wenige Eigentümer beteiligt sind. In der rechtlichen Beurteilung ergeben sich keine wesentlichen von der Umlegung abweichenden Gesichtspunkte. Es kann daher insoweit auf die vorstehenden Ausführungen über das Umlegungsverfahren verwiesen werden.

D. ERGEBNIS

Die Verpflichtung des Bergbautreibenden zum Ersatz von Bergschäden aus § 148 ABG kann durch Vertrag mit dem Grundstückseigentümer ausgeschlossen werden. Die Verichtsvereinbarung stellt ihrem Wesen nach einen Aufhebungsvertrag dar, durch den das Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses aus § 148 ABG ausgeschlossen wird. Im Wege des Aufhebungsvertrages können bereits entstandene Bergschadensansprüche aufgehoben und kann das Entstehen künftiger Ansprüche ausgeschlossen werden.

Bergschadenansprüche aus § 148 ABG stehen außer dem Grundstückseigentümer auch den sonstigen schuldrechtlichen Nutzungsberechtigten, wie etwa den Mietern oder Pächtern zu, wenn ihnen selbst ein Schaden entstanden ist. Der Pächter - das gleiche gilt für den Mieter - hat keinen Schaden erlitten, soweit sich bei Eintritt einer Beschädigung an der Pachtsache der Pachtzinsanspruch des Verpächters kraft Gesetzes mindert. Hat der Nutzungsberechtigte dagegen Schadensersatzansprüche gegen seinen Vertragspartner, den Vermieter oder Verpächter, so bestehen diese vertraglichen Schadensersatzansprüche und der gesetzliche Bergschadensanspruch gegen den Bergwerkseigentümer nebeneinander. Leistet der Vermieter oder Verpächter an den Nutzungsberechtigten, so kann er das Geleistete von dem Bergbautreibenden ersetzt verlangen.

Verzichtet der Grundstückseigentümer auf Ansprüche für bereits eingetretene oder künftig entstehende Bergschäden, so hat diese Vereinbarung gegenüber den obligatorischen Nutzungsberechtigten keine anspruchsausschließende Wirkung, falls sie nicht ihre Zustimmung zum Verzicht des Eigentümers erklärt haben. Räumt der Grundeigentümer nach Abschluß des Verichtsvertrages Dritten Nutzungsrechte ein, so ist er dem Bergbautreibenden gegenüber aus dem Verichtsvertrag verpflichtet, ihn von Bergschadensansprüchen der Nutzungsberechtigten freizustellen.

Den Hypotheken-, Grundschild- und Rentenschuldgläubigern stehen keine selbständigen Bergschadensansprüche, sondern nur gesetzliche Pfandrechte an den Bergschadensforderungen des Grundstückseigentümers zu. Die Bergschadensansprüche des Eigentümers haften den Realgläubigern in vollem Umfang bis zur Höhe ihres Grundpfandrechts. Vor Fälligkeit des Grundpfandrechts kann der Bergwerkseigentümer die Entschädigungssumme nur an den Grundstückseigentümer und die Grundpfandgläubiger gemeinsam leisten oder aber sie hinterlegen. Der Bergwerkseigentümer kann mit befreiender Wirkung an den Grundeigentümer allein zahlen, wenn er oder der Grundstückseigentümer den Grundpfandgläubigern den Eintritt des Bergschadens angezeigt hat und die Gläubiger innerhalb

eines Monats der Leistung an den Eigentümer nicht widersprechen. Ist das Grundpfandrecht fällig, so ist der Gläubiger berechtigt, die Bergschadensforderung des Eigentümers bis zur Höhe seines Rechts einzuziehen. Die Haftung der Forderung erlischt mit Wiederherstellung des Grundstücks. Ein Verzichtsvertrag des Grundstückseigentümers auf bestehende oder künftige Bergschadensansprüche hat gegenüber den Realgläubigern nur Wirkung, wenn sie ihre Zustimmung erklärt haben.

Der Beschadenverzicht kann dinglich gesichert werden und zwar durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit. Er erhält hierdurch dingliche, jeden Rechtsnachfolger des Eigentümers bindende Wirkung. Die Grunddienstbarkeit gibt dem Bergbautreibenden ein Gegenrecht gegen den Bergschadensanspruch des Grundstückseigentümers, der an die Stelle des dem Eigentümer versagt bleibenden Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 BGB tritt. Ebenso wie die Gegenrechte aus §§ 1004 Abs. 2 und 986 BGB gegenüber den Ansprüchen des Eigentümers aus §§ 1004 Abs. 1 und 985 BGB keine Einreden, sondern Einwendungen sind, so kommt auch dem als Grunddienstbarkeit eingetragenen Bergschadenverzichtsrecht nicht nur anspruchshemmende Einredewirkung zu, vielmehr schließt er als Einwendung das Entstehen künftiger Bergschadensforderungen aus § 148 ABG aus. Da die Einwendung von Amts wegen vom Gericht zu berücksichtigen ist, braucht sich der beklagte Bergbautreibende im Prozeß wegen Bergschäden nicht ausdrücklich auf das Bestehen des eingetragenen Verzichts zu berufen. Er kann nicht durch Versäumnisurteil zu Ausgleichszahlungen nach § 148 ABG verurteilt werden, wenn sich das Bestehen des eingetragenen Verzichtsrechts bereits aus dem Vortrag des Klägers oder aus einem dem Gericht vorliegenden Grundbuchauszug ergibt, ohne daß der Beklagte sich ausdrücklich auf den Verzicht berufen hat.

Für alle der Dienstbarkeit im Rang nachfolgenden Grundpfandrechte entstehen bei Eintritt von Bergschäden keine gesetzlichen Pfandrechte an Bergschadensforderungen. Den mit Rang vor der Grunddienstbarkeit eingetragenen Realgläubigern stehen dagegen weiterhin Pfandrechte zu, soweit sie nicht einer schuldrechtlichen Verichtsvereinbarung zugestimmt haben.

Durch Rangänderungsvereinbarungen kann einem Grundpfandrecht der Vorrang vor dem eingetragenen Bergschadenverzicht verschafft werden mit der Folge, daß der Inhaber des vorrückenden Rechts künftig Pfandrechte an Bergschadensforderungen erhält, die im Verhältnis des Realgläubigers gegenüber dem Bergschadenverzicht insoweit als entstanden gelten. Diese Wirkung tritt unabhängig davon ein, ob neben der Bergschadensgrunddienstbarkeit noch eine schuldrechtliche Verichtsvereinbarung besteht oder nicht.

In der Zwangsversteigerung erlischt das eingetragene Bergschadenverzichtsrecht, soweit es nicht in das geringste Gebot fällt. Es geht als Belastung des Grundstücks mit auf den Erwerber über, wenn es im Rang vor dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger steht.

Durch die Anordnung der Zwangsverwaltung ändert sich an der Rechtsstellung der Grundpfandrechte und der Bergschadensgrunddienbarkeit nichts.

Wird ein Grundstück nach den Bestimmungen des Bundesbaugesetzes enteignet, so entscheidet die Enteignungsbehörde, ob die dinglichen Belastungen aufrechterhalten oder aufgehoben werden.

Ordnet sie das Erlöschen eines nach § 97 Abs. 3 BBauG. gesondert zu entschädigenden Rechts an, so stellt diese Entscheidung gegenüber dem betroffenen Rechteinhaber eine Enteignung dar. Als solche ist die Aufhebung nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässig, von denen nicht alle im Bundesbaugesetz selbst zum Ausdruck kommen. Die Enteignung des Rechts muß dem Allgemeinwohl dienen, der Enteignungszweck darf auf andere Weise nicht erreichbar sein; der Eingriff ist auf ein Mindestmaß zu beschränken. Die Enteignungsbehörde trifft daher eine Verpflichtung, jedes nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigende Recht an dem zu enteignenden Grundstück aufrechtzuerhalten, soweit der Wegfall des Rechts nicht unbedingt erforderlich ist, um den Enteignungszweck zu erreichen.

Ein gerichtlich nicht nachprüfbarer Ermessensspielraum steht der Enteignungsbehörde bei ihrer Entscheidung über das Schicksal eines Rechts nur zu, wenn sie beschließt, das Recht aufrechtzuerhalten. Ordnet sie das Erlöschen eines gesondert zu entschädigenden Rechts an, so kann dieser Beschluß als Enteignungsmaßnahme in vollem Umfang gerichtlich überprüft werden.

Die Aufhebung eines eingetragenen Bergschadenverzichts im Enteignungsverfahren ist nicht zulässig, da das öffentliche Interesse den Wegfall des Rechts nicht erfordert. Daß die Beleihung des verzichtsbelasteten Grundstücks in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt und wegen der Ungewißheit über den künftigen Eintritt von Bergschäden eine finanzielle Unsicherheit für den neuen Eigentümer entstehen kann, ist ein fiskalischer Gesichtspunkt, der als solcher eine Enteignung des Rechts nicht rechtfertigt.

Der Eigentumserwerb an Grundstücken in Bergbaugebieten allein stellt für die Bergbautreibenden keinen sicheren Schutz vor Inanspruchnahmen wegen Bergschäden dar, da das Eigentum am Grundstück in den Bodenordnungsverfahren

nach dem Bundesbaugesetz zum Erlöschen gebracht werden kann.

Eine wirksame Sicherung gewährleistet erst die Eintragung einer Bergschadenverzichtsgrunddienstbarkeit an dem Grundstück des Bergbautreibenden. Die Eintragung eines sog. dinglichen Bergschadenverzichts am eigenen Grundstück ist zulässig. Sie erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und sichert den Bergbautreibenden selbst für den Fall, daß sein Grundstück enteignet wird, da das eingetragene Verzichtsrecht im Enteignungsverfahren nicht aufgehoben werden kann.

Hat das mit einem Bergschadenverzicht belastete Grundstück im Rahmen des Enteignungsverfahrens seine rechtliche Selbständigkeit verloren und ist damit der Bergschadenverzicht untergegangen, so kann dem Bergbautreibenden, falls er zustimmt, als Ersatz für den früheren Verzicht ein neues Recht an einem anderen Grundstück innerhalb seines Abbaubgebietes bestellt werden.

Die Aufhebung von Grundpfandrechten an dem enteigneten Grundstück ist zulässig, wenn die Gefahr besteht, daß ein Gläubiger aus seinem Recht vollstreckt und das Grundstück auf diese Weise dem Enteignungsbegünstigten wieder aus der Hand gerät. Sie stellt begrifflich eine Enteignung dar. Obwohl das Bundesbaugesetz für die Grundpfandgläubiger keine gesonderte Entschädigung vorsieht, sondern sie auf die für den Grundstückseigentümer festgesetzte Entschädigung verweist, enthält das Gesetz keinen Verstoß gegen Art. 14 GG, da die Hinterlegung der an den Eigentümer zu zahlenden Entschädigungssumme zwingend vorgeschrieben und damit die Entschädigungsleistung auch für die Realgläubiger gewährleistet ist, jedenfalls wenn man ihnen ein selbständiges Klagerecht gegen die Höhe der festgesetzten Entschädigung zubilligt.

In der unterschiedlichen Behandlung der Nutzungs- und Grundpfandrechte bei der Festsetzung der Entschädigung liegt kein Verstoß gegen Art. 3 GG.

Die Aufhebung des Grundstückseigentums oder eines nach dem Bundesbaugesetz gesondert zu entschädigenden Rechts - hierzu gehört auch der als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragene Bergschadenverzicht - gegen Geldabfindung im Rahmen eines Umlegungsverfahrens nach dem Bundesbaugesetz stellt in der Regel eine Enteignung dar, da bei objektiver Betrachtungsweise ein echter Gegensatz zwischen den Interessen des betroffenen einzelnen und denen der Allgemeinheit besteht. Dieser Interessengegensatz kennzeichnet Umlegungsmaßnahmen ihrem Inhalt nach als Enteignungen. Im Umlegungsverfahren sind einzelne Enteignungsmaßnahmen jedoch zulässig. Voraussetzung ist dabei wie im Enteignungsverfahren, daß die getroffene Maßnahme in der angeordneten Form erforderlich

ist und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang steht.

Dagegen löst die Abfindung des Berechtigten mit einem wertgleichen Recht in der Regel keinen Interessengegensatz zwischen der Allgemeinheit und dem Betroffenen aus. Sie ist daher ihrem Inhalt nach nicht als Enteignung zu werten.

Die Aufhebung des eingetragenen Bergschadenverzichts gegen Geldabfindung enthält auch im Umlegungsverfahren einen unzulässigen Enteignungseingriff, der rechtswidrig ist, weil das öffentliche Interesse den Wegfall der Verzichtsgrunddienstbarkeit nicht erfordert.

Besteht das mit dem Bergschadenverzicht belastete Grundstück infolge der Umlegung in seinen bisherigen Grenzen nicht mehr fort, so ist dem Bergbautreibenden ein neues Bergschadenverzichtsrecht an einem anderen Grundstück innerhalb des Abbaubereiches des Bergwerkeigentümers zuzuweisen, das größtmäßig etwa dem früheren Grundstück entspricht und infolge der Abbautätigkeit etwa in gleicher Weise gefährdet ist. Dieser Fall wird jedoch nicht häufig vorkommen.

Grundpfandrechte können in der Umlegung unter den gleichen Voraussetzungen wie im Enteignungsverfahren aufgehoben werden, wenn nämlich die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung die Erreichung des Umlegungsziels infrage stellt. Wie im Enteignungsverfahren werden die Realgläubiger auch in der Umlegung auf die für den Eigentümer festzusetzende Entschädigung verwiesen.

Wird der im Grundbuch eingetragene Bergschadenverzicht in ein Umlegungsverfahren einbezogen und dabei an demselben Grundstück aufrechterhalten, so kann sich die Rechtstellung der Grundpfandgläubiger, soweit deren Rechte fortbestehen, infolge der Durchführung des Umlegungsverfahrens nicht verbessern. Sie erhalten nach wie vor wegen des bestehenden dinglichen Bergschadenverzichts keine Pfandrechte an Bergschadensforderungen.

Die Bergschadensforderungen des Grundstückseigentümers haften ihnen nur in dem seltenen Fall wieder, in dem der Bergschadenverzicht an dem früheren Grundstück im Umlegungsverfahren zulässigerweise aufgehoben und an einem anderen, ähnlichen Grundstück mit etwa gleicher Bergschadensgefahr innerhalb des Abbaubereiches des Bergbautreibenden neu begründet worden ist.

L E B E N S L A U F

Am 20. September 1936 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Albrecht Harnisch und seiner Ehefrau Alice geb. Liebscher in Bautzen (Oberlausitz) geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 15. Februar 1956 legte ich an der Staatl. Oberschule in Petershagen/Weser die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1956 bis zum Wintersemester 1957/58 studierte ich Rechtswissenschaft zunächst an der Universität Münster, im Sommersemester 1958 an der Universität Freiburg und vom Wintersemester 1958/59 an wieder in Münster.

Am 19. November 1960 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts in Hamm. Nach Abschluß des juristischen Vorbereitungsdienstes im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm legte ich am 30. August 1966 das zweite juristische Staatsexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab.

Am 10. September 1904 wurde die 10. Session des Reichstages in Berlin
abgehalten. Der Reichstag war von 398 Mitgliedern besucht. Der Reichspräsident
hatte die Sitzung eröffnet.

Der Reichstag hat folgende Beschlüsse gefasst:

1. Der Reichstag hat die von der Reichsregierung eingebrachte
Gesetzesvorlage betreffend die Reform des Wahlrechts für die Reichstags-
wahlen angenommen.

2. Der Reichstag hat die von der Reichsregierung eingebrachte
Gesetzesvorlage betreffend die Reform des Wahlrechts für die Reichstags-
wahlen angenommen.

3. Der Reichstag hat die von der Reichsregierung eingebrachte
Gesetzesvorlage betreffend die Reform des Wahlrechts für die Reichstags-
wahlen angenommen.

